

**Universidade de Lisboa**

**Faculdade de Direito**



## **O Dever de Colaboração no Direito da Concorrência**

**O “Nemo tenetur se ipsum accusare” e as necessidades de uma  
regulação eficaz**

João Nuno Alves Monteiro G. Casquinho

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses

Dissertação de Mestrado orientada pela

Prof.<sup>ª</sup>. Dr.<sup>ª</sup> Teresa Quintela de Brito

2018

## Índice

. Introdução e colocação do problema .....	12
. A Autoridade da Concorrência.....	17
. Enquadramento histórico.....	19
. Caracterização e natureza jurídica .....	24
. Finalidades e atribuições.....	24
. Os poderes da Autoridade da Concorrência.....	25
. A tramitação do procedimento sancionatório.....	31
. O Dever de Colaboração.....	33
. Do nemo tenetur.....	42
. Enquadramento histórico.....	42
. Alcance normativo, temporal e material do princípio.....	45
. Análise jurisprudencial.....	57
. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	57
. A jurisprudência dos Tribunais Comunitários.....	68
. A relação entre a jurisprudência comunitária e a do TEDH.....	75
. A jurisprudência nacional – O Tribunal de Comércio de Lisboa.....	78
. A jurisprudência do Tribunal Constitucional.....	80
. As soluções apresentadas pela doutrina.....	84
. Tese de compatibilidade.....	85
. Tese da restrição legítima.....	92
. Tese da concepção minimalista do direito ao silêncio.....	94
. O contributo do artigo 31º/5 RJC.....	97
. Da existência de meios enganosos.....	100
. Conclusões.....	103

. Bibliografia.....	108
. Lista de jurisprudência.....	115

## **Agradecimentos**

Gostaria de agradecer à Professora Dra. Teresa Quintela de Brito, pelo apoio, paciência e disponibilidade.

Deixo, também, uma palavra de grande gratidão e amizade ao Dr. João Tiago Freitas Mendes pelo constante encorajamento, e pela revisão que tão diligentemente realizou.

*À minha Mãe*

*Ao meu Pai*

*À minha Tia Imelda*

*À minha Avó Irene*

*Aos meus irmãos.*

## Resumo

(Versão Portuguesa)

A presente dissertação pretende analisar e responder ao problema colocado pela aparente incompatibilidade entre a existência de um dever de colaboração imposto aos agentes económicos perante a actuação supervisora e sancionatória de autoridades reguladoras, como é, no escopo deste trabalho, a Autoridade da Concorrência, por um lado; e, por outro, a consagração constitucional de garantias fundamentais de defesa, aplicáveis a todo o Direito público sancionatório, como o designado *nemo tenetur se ipsum accusare* – o privilégio de não auto-incriminação.

O âmbito de análise delimita-se ao Direito sancionatório da concorrência, de uma perspectiva essencialmente processualista. Tendo em conta que os ilícitos concorrenciais se encontram tipificados segundo a forma de contra-ordenações, o trabalho centrar-se-á na constante comunicação – a nível de figuras e conceitos – entre o Direito Processual Penal e o Direito de Mera Ordenação Social, tal como na necessidade de salvaguardar garantias essenciais de defesa e, simultaneamente, proteger o efeito útil da actuação pública em sede de defesa da concorrência entre particulares, sendo este um bem instrumental ao que alguns designam como Democracia Económica.

Começaremos por descrever a estrutura orgânica, finalidades e poderes de Autoridade da Concorrência, confrontando estes elementos com as particulares necessidades de tutela de mercado e protecção da concorrência.

De seguida, avaliaremos os fundamentos jurídicos em que radica o problemático dever de colaboração, e o papel essencial que este dever desempenha na actuação eficaz do Regulador.

Em terceiro lugar, é feita uma análise do princípio *nemo tenetur*, de modo a delinear o seu âmbito de aplicação face ao dever de colaborar com uma autoridade administrativa, havendo o potencial risco de tal colaboração resultar num contributo activo de carácter auto-inculpador.

Sucedem-se uma sucinta descrição e análise da jurisprudência considerada mais relevante: do TEDH e do TJUE, primeiro, e, seguidamente, do TCL e do TC.

Delineado o problema, procedemos a uma análise das posições doutrinárias em confronto, a uma ponderação dos vários argumentos e das soluções apresentadas. Terminamos com conclusões em que expomos a nossa posição.

## **Abstract**

(English version)

This thesis aims to consider and answer the issues stemming from the simultaneous existence of a fundamental right against self-incrimination, on one hand, and, on the other, the duty of investigated companies to cooperate – with public entities such as the Portuguese Anti-trust Authority – and deliver information that may, later on, be used against them to prove an infringement.

The scope of this analysis will be centered on the procedural aspects of portuguese competition law, along with the compatibility of admitting evidence obtained through coercion with the principles of due process, in a domain of public punitive action that has strayed from the traditional doctrines of criminal law, and the relevance of this issue towards the protection of fair competition.

To begin with, we will describe the Portuguese Anti-trust Authority in regards to its purpose and scope of action and how they relate to the practical needs of its effectiveness.

Furthermore, we will examine the legal grounds upon which the duty to cooperate is based, and how necessary this duty is for the Authority to serve its purpose.

Afterwards, we will consider the many facets of the privilege against self-incrimination and how they weigh on the issue at hand.

Subsequently, we will analyse a few relevant decisions of both european and portuguese courts.

Finally, having described the coordinates of the problem at hand, we will present our conclusions, along with our own position on the matter.

**Palavras-chave**

Dever de colaboração

Nemo tenetur se ipsum accusare

Autoridade da Concorrência

Processo contra-ordenacional

Meios de prova

**Key-words**

Duty to cooperate

Privilege against self-incrimination

Anti-trust Authority

Administrative infraction proceedings

Means of proof



## **ABREVIATURAS**

AdC – Autoridade da Concorrência

Art. – Artigo

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

ComEDH – Comissão Europeia dos Direitos do Homem

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei

LGT – Lei Geral Tributária

p. – página (s)

RCR – Revista da Concorrência e Regulação

RGIMOS – Regime Geral das Infracções de Mera Ordenação Social

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

ss. – (páginas) seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TCL – Tribunal de Comércio de Lisboa

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TUE – Tratado da União Europeia

TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## **Indicações de leitura**

As referências bibliográficas são citadas pela seguinte ordem: autor, título, volume, edição, local de publicação, data e página.

Aquando da primeira citação de uma obra em particular, é exposta a referência bibliográfica completa, ou seja, referencia-se o nome completo do autor, título integral, volume, edição, local de publicação, data e página.

Em citações posteriores, as obras são referidas através do nome do autor e título abreviado seguido da sigla op. cit..

A secção de bibliografia inclui as obras consultadas com as referências completas tal como acima descritas.

*“Parem de nos citar as leis. Trazemos a espada na mão.”*

(Gnaeus Pompeius Magnus, quando confrontado com a resistência dos cidadãos de Messana)

PLUTARCO, *Vida de Pompeu*, X, 2.

## **Introdução e colocação do problema**

O propósito deste trabalho consiste em analisar a tensão entre o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* – princípio estruturante de qualquer Direito sancionatório público – e o dever de colaboração legalmente imposto aos operadores económicos no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência.

Na sequência directa desta questão, importará avaliar se os elementos de prova recolhidos ao abrigo destes poderes coercivos da Autoridade da Concorrência (AdC) podem ser utilizados contra o arguido em processo de contra-ordenação posterior.

Tendo em conta que as regras de defesa da concorrência visam, em última análise, garantir e regular um direito fundamental – a liberdade de iniciativa económica privada, tal como consagrada no art. 61º CRP, ao abrigo de uma das incumbências prioritárias do Estado (art. 81º/f) CRP), torna-se latente a tensão face a garantias constitucionais como é, neste caso, o direito a um processo equitativo, do qual se retira, já em sede infraconstitucional, o direito de o arguido decidir se, e em que medida, contribui para a sua própria incriminação.

Como bem refere Augusto Silva Dias (“O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, nº1, p. 237), o tema em causa não é exclusivo do processo contra-ordenacional e menos ainda do processo de contra-ordenações de uma qualquer área de regulação sectorial em específico, seja ela a da Concorrência ou a do mercado de valores mobiliários. De facto, a relevância do tema abrange o processo penal, que é o seu lugar originário, estando em causa situações em que os particulares estão sujeitos a deveres de colaboração com autoridades administrativas que dispõem, de forma concentrada, de competências de fiscalização, de supervisão e de punição de comportamentos.

Este trabalho tratará o tema no âmbito das contra-ordenações da concorrência, uma vez que, como observa Silva Dias, o universo das contra-ordenações é hoje

demasiado complexo e diferenciado para uma abordagem transversal ao conjunto. À diversidade de regimes jurídicos, que repetidamente excepcionam o Regime Geral, constante do DL nº 433/82 e suas revisões posteriores – doravante RGIMOS – juntou-se, mais recentemente, a diversidade de Regimes Gerais e de leis-quadro para determinados sectores, das quais se destaca a Lei-quadro das contra-ordenações ambientais (Lei nº 50/2006, de 29 de Agosto) e a Lei-quadro das contra-ordenações do sector das comunicações (Lei nº 99/2009, de 4 de Setembro). Prossegue o Professor (*RCR* nº 1, p. 238), estes exemplos são reveladores de uma tendência acentuada no sentido da fragmentação e atomização do Direito das contra-ordenações, com manifesta perda da função central do RGIMOS – enquanto única Lei-quadro – ficando este, cada vez mais, remetido a um papel subsidiário. Assim, conclui-se que uma tal atomização dificulta ou impossibilita que “o sentido de unidade que preside ao labor dogmático possa ser encontrado fora da lógica auto-referencial de cada sector das contra-ordenações”.

Acrescente-se que, no Direito da contra-ordenações actual, existem sectores que enquadram o significado e gravidade do ilícito e das sanções aplicáveis de forma substancialmente distinta face às contra-ordenações consideradas “clássicas”, herdeiras das antigas contravenções, que constituíram a matriz de referência dos primeiros ensaios doutrinários e legislativos sobre o tema. Refere Silva Dias que se assiste, desde meados da década de 80 do século passado, ao surgimento de uma nova espécie de contra-ordenações que são típicas de uma economia de mercado desenvolvida, que encerram “um elevado grau de disfuncionalidade”, ou seja, representam comportamentos altamente perturbadores de subsistemas sociais e económicos, sendo sancionadas com coimas de valores elevadíssimos e sanções acessórias que pouco ou nada se diferenciam de das penas acessórias. O Autor dá como exemplo os valores de coimas aplicáveis às contra-ordenações graves e muito graves no domínio específico dos valores mobiliários, que podem atingir, respectivamente, os 1.250.000,00 e os 2.500.000,00 de euros, de acordo com o artigo 388º/1 do Código dos Valores Mobiliários, tratando-se de valores que largamente ultrapassam os limites máximos das penas de multa aplicáveis aos crimes de mercado. Já as sanções acessórias das coimas coincidem com as penas acessórias, não só na matéria, mas também na duração: veja-se a relação entre as alíneas a) e b) do art. 380º e as alíneas b), c) e d) do nº 1 e 2 do art. 404º CVM. Esta observação é igualmente

válida no domínio sancionatório da concorrência, com os números 2 e 3 do art. 69º da Lei nº 19/2012 de 8 de Maio – que aprovou o Regime Jurídico da Concorrência (RJC) – a postularem um limite máximo abstracto do valor da coima correspondente a 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, tendo aqui como referencia o conceito de empresa infractora, individualmente ou em associação, limite que se aplica, igualmente, às pessoas singulares, aqui considerando-se a remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infractora, no último ano completo em que se tenha verificado a pratica proibida – 69º/4 RJC. Veja-se, por exemplo, que, em sede de cálculo do volume de negócios, o Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL), em sentença de 2 de Maio de 2007 (*Vatel, Salexpor, Aveirense e Salmex c. AdC*, proc. 965/06.9TYLSB), desconsiderou o argumento segundo o qual a AdC apenas poderia tomar em consideração o volume de negócios realizado na actividade concreta em que foi detectada a actividade restritiva, concluindo, antes, que o valor a considerar deveria corresponder ao conjunto da actividade da empresa, em termos globais. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Ac. de 11 de Julho de 2007 ((S) – *Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A. e Sociedade(H), Lda. c. AdC*, proc. 7251/2007-3), acrescentou que o valor total de negócios da empresa é a única realidade em que pode assentar o pretendido efeito dissuasor da sanção. Serve este exemplo para realçar a gravidade das sanções em causa, com Autores como Costa Pinto (“As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário”, in IDPEE (org), *Direito Penal Económico e Europeu – Textos doutrinários*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 686 ss) e Sousa Mendes(“O procedimento sancionatório especial por infracção às regras da concorrência”, in Palma, Fernanda *et al* (org), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora. p. 224) a propor uma diferenciação de regimes jurídicos entre as contra-ordenações que Silva Dias apelida de “modernas” e as contra-ordenações “clássicas”, valendo para as primeiras um regime mais rigoroso e garantista que “*compense, de alguma forma, a severidade punitiva que evidenciam*” Aqui, Costa Pinto (op. cit., p. 686 ss) advoga que estas contra-ordenações “modernas” constituem uma realidade jurídica mais próxima do *Interventionsrecht*, defendido por Naucke e Hassemer, do que da matriz originária do Direito de Mera Ordenação. Estaríamos, assim, perante um Direito Penal mínimo, especialmente vocacionado para responder com eficácia aos riscos da vida moderna – sejam eles ambientais, sociais,

económicos e financeiros (Sousa Mendes, op. cit.). Como refere Silva Dias (*RCR* nº 1, p. 239) este aspecto constitui um obstáculo sério a um pensamento unitário no quadro das contra-ordenações, algo que se traduz na sectorialização da análise dogmática.

Posto isto, é minha convicção que as matérias aqui tratadas, tal como as soluções apresentadas, valerão para outros sectores do Direito das contra-ordenações, isto é, sempre que estejam em causa contra-ordenações cujo procedimento e punição sejam da competência de autoridades administrativas com poderes de regulação e supervisão das actividades económicas, como a Autoridade da Concorrência, a CMVM ou a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.

O ponto central de análise consiste, como referimos, na aparente incompatibilidade entre os poderes das autoridades reguladoras no que diz respeito aos meios legalmente previstos de obtenção de prova, e o dever de colaboração a que os agentes económicos, cuja actividade é objecto de regulação e supervisão, estão submetidos, dado que dessa colaboração poderá resultar um contributo, imperativamente imposto pelo poder público, para a própria incriminação. Para esclarecer este ponto, importará ter em consideração o espectro de competências e poderes das autoridades reguladoras e, acima de tudo, a sua justificação perante as exigências legais e constitucionais de defesa do mercado, assim como as particularidades da investigação de ilícitos praticados nos meios económicos a que se dirige a actividade reguladora.

Nestes termos, e seguindo, em parte, a formulação de Costa Pinto em parecer solicitado pelo Conselho Directivo da CMVM (*Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, 2009, p. 60) o objecto deste trabalho consiste na análise das seguintes questões:

I. Os elementos probatórios – documentos, declarações e informações relativas a operação ou acto realizado no âmbito de actividades supervisionadas – recolhidos pela Autoridade da Concorrência ao abrigo dos seus poderes de *supervisão*, através de solicitação dirigida à entidade regulada (art. 15º e 68º/1/h) RJC), poderão integrar e ser utilizados em processo de contra-ordenação da competência da Autoridade da Concorrência?

II. Para que os elementos recolhidos pela supervisão venham a integrar o processo de contra-ordenação, como meio de prova, terá a AdC de constituir a entidade supervisionada como arguida logo em fase de supervisão, e só depois solicitar os referidos elementos? Se não o fizer – existindo já a suspeita da prática de um ilícito contra-ordenacional – estaremos perante o recurso a um “meio enganoso de obtenção de prova”?

III. O direito do arguido ao silêncio e à não auto-inculpação permitem a sua não sujeição a diligências de prova? Se sim, deverá a AdC comunicar à entidade supervisionada o risco de auto-inculpação associado ao cumprimento das solicitações, de modo a que esta possa *decidir* se, e em que termos, colabora?

IV. Os deveres legais de colaboração a que estão sujeitas as entidades reguladas, traduzidos na obrigação de prestar informações completas e verdadeiras à autoridade reguladora, podem ser limitados ou excluídos pela existência genérica de um direito do arguido ao silêncio e à não auto-inculpação, sendo-lhe admitida a recusa de qualquer tipo de colaboração ou, inclusivamente, a prestação – *não sancionada* – de declarações imprecisas ou falsas?

V. Por fim, o tratamento oferecido pelo RJC face ao tema do *nemo tenetur se ipsum accusare* é revelador de uma lacuna no referido diploma, integrada através da aplicação subsidiária do RGIMOS e do CPP, ou, pelo contrário, o RJC constitui uma manifestação clara e inequívoca da vontade do legislador nesta matéria, devendo assim a questão ser analisada em termos de constitucionalidade da norma, por eventual violação do direito do arguido a um processo equitativo – art. 20º/4 e 32º/8 e /10 CRP?



## A Autoridade da Concorrência

Antes de mais, a concorrência surge, em termos económicos, como meio através do qual se atinge uma maior eficiência, seja a nível produtivo, seja a nível da afectação de recursos. Pretende-se com isto dizer que a concorrência económica, em termos conceptuais, visa garantir o nível máximo de satisfação de necessidades e de racionalidade na aplicação de recursos por natureza escassos, com uma redução dos custos de produção que se traduz, consequentemente, numa redução dos preços. E isto porque “*a concorrência disciplina a oferta e permite uma repartição mais justa dos benefícios gerados, conduzindo a uma maximização dos benefícios gerados*” (Direito da Concorrência e Ordens Profissionais, Coimbra Ed., 2010, p. 216).

Posto isto, a realização de uma concorrência efectiva depende da existência de duas condições prévias: um espaço de liberdade económica, acompanhado pelo funcionamento adequado dos mercados. Como é claro, a verificação destas duas condições nem sempre ocorre naturalmente, e ainda menos pela simples vontade do legislador. Repare-se que, de entre os vários factores que, conjuntamente, determinam o nível concorrencial de um mercado e o poder de mercado dos vendedores e dos compradores que o integram – a influência que têm nas decisões produtivas e de preço dos outros agentes económicos – destacam-se três: (i) a *atomicidade* do mercado, ou seja, a existência de um número suficientemente elevado de compradores e vendedores; (ii) a *liberdade de acesso* ao mercado, de participar nas diversas interacções ou de sair do mesmo; (iii) e a sua *fluidez*, que os agentes disponham de um grau razoável de racionalidade e informação face ao que está a ser transaccionado (op. cit., p. 216).

Dada a impraticabilidade de um modelo puro de concorrência, ou de concorrência perfeita – assente numa organização de mercado marcada por uma total liberdade de oferta e de procura, com a consequente estabilização dos preços a um nível óptimo para todos os intervenientes – demonstrada, nomeadamente, pela existência de falhas de mercado, entendeu-se que uma das formas de superar as insuficiências que impedem o dito modelo, e assim adoptar paradigmas alternativos, mais realistas (como os modelos de concorrência praticável e da teoria dos mercados contestáveis ou da concorrência potencial) (Fernando Araújo, *Introdução à*

*Economia*, p. 56 ss, 543 ss), passaria pela promoção pontual de intervenções estaduais, podendo estas assumir várias formas, como a promulgação de normas votadas ao incentivo de práticas concorrenciais – especialmente quando meros incentivos não bastam, nem tão pouco dissuadam o uso e abuso do poder de mercado por parte dos produtores (op. cit. p. 559 ss, 394 ss) – ou a institucionalização de um sistema de regulação das actividades económicas, de modo a promover a maximização do bem-estar nas trocas reguladas (*Direito da Concorrência e Ordens Profissionais*, p. 217).

Pelo exposto fica claro que, se a concorrência está dependente da existência de liberdade económica, esta terá que ser defendida contra eventuais atentados, isto é, terão que se reprimir comportamentos de sujeitos económicos que limitem, de forma artificial, a livre concorrência, com vista a manter ou aumentar as suas margens de lucro ou a sua posição relativa de mercado sem que necessariamente forneçam bens ou serviços a um preço mais baixo ou de maior qualidade. Em suma, condutas que, de forma isolada ou combinada, resultam em preços altos, num decréscimo da escolha do consumidor, numa perda de eficiência económica e numa errada afectação de recursos (op. cit. p. 219).

Qualificada a defesa da concorrência como uma verdadeira actividade de “polícia económica” (Cabral de Moncada, *Direito Económico*, p. 348 e 367 ss), esta será largamente actuada *ex post factum*, com incidência sobre infracções concretas, cometidas por um qualquer agente económico – ainda que com a importante excepção das operações de concentração de empresas, casos em que as intenções dos agentes deverão ser notificadas aos órgãos competentes em momento anterior à concretização das mesmas (*Direito da Concorrência e Ordens Profissionais*, p. 220) – pelo que as soluções adoptadas deverão ser *definitivas*, de modo a restaurar o *normal* funcionamento dos mercados.

Em matéria de regulação *stricto sensu*, acrescento, citando Baptista Lobo (*Concorrência Bancária?*, p. 54), que o conceito de regulação corresponde a uma “ordenação, determinada por imperativos de funcionamento ineficiente do mercado, em sentido lato, emitida por um organismo específico relativamente a um sector em particular, de forma a condicionar a liberdade de decisão e organização económicas

*num determinado sentido*”, pelo que se destacam três elementos essenciais: (i) a implementação de normas (ii) destinadas a manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema económico, (iii) através da alteração do comportamento dos agentes económicos (Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 36).

E assim adequa-se, neste momento da exposição, abordar a matéria em causa à luz das finalidades do Direito da Concorrência, tal como consagradas na CRP. O art. 81º/f) CRP estabelece como incumbência do Estado no plano económico-social “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. Como refere Cabral de Moncada (*Direito Económico*, p. 490), esta tarefa estadual não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento colocado ao serviço da prossecução de determinados fins de política económica. Trata-se de uma tarefa subordinada à garantia da liberdade de iniciativa económica, plasmada no art. 61º CRP, competindo ao Estado promover a liberdade de acesso e actuação no mercado, algo que, juntamente com a propriedade privada, constitui o fundamento do sistema de economia de mercado (Mateus, *Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência*, ROA3, ano 66, Almedina, p. 1092).

A CRP concebe a concorrência como bem público, essencial à preservação de uma economia inclusiva, justa e eficiente, e, como tal, um pilar do Estado de Direito Democrático. Foi com vista à prossecução dos desígnios previstos nos art. 81º/f) CRP que o legislador produziu a Lei da Concorrência, que aprovou o actual RJC, acompanhada por uma entidade administrativa independente com poderes de regulação, supervisão e de sanção – a AdC.

### *Enquadramento histórico*

Faremos uma breve descrição histórica da legislação portuguesa em matéria de regulação da concorrência, seguindo de perto o périplo realizado por José Luís da Cruz Vilaça e José Luís Caramelo Gomes (*Comentário Conimbricense*, p. ) na sua anotação ao art. 1º do NRJC, com o propósito de melhor enquadrar o objecto deste trabalho.

A primeira tentativa de introdução de um diploma sobre concorrência em Portugal remonta a 1936, data em que foi aprovada a Lei nº 1936, de 18 de Março de 1936, tendo esta lei por objecto o controlo das coligações económicas. Esta lei considerava ilegais “*os acordos, combinações e coligações*”, que tivessem o objectivo de “*restringir abusivamente a produção, o transporte ou o comercio de bens de consumo*” (Base IV), ou “*eleva ou baixar exageradamente os preços dos bens de consumo comum, ou diminuir fraudulentamente a sua qualidade*” (Base V); a Base III previa a possibilidade de se ordenar a dissolução de coligações económicas cuja actividade fosse contraria aos objectivos da “*economia nacional corporativa*”. Os comportamentos proibidos estavam tipificados como ilícitos criminais, de acordo com a Base VI, punidos com pena de multa ou prisão. Porém, dada a ausência de regulamentação, este diploma nunca chegou a entrar em vigor.

Dá-se uma segunda iniciativa legislativa através do Decreto-Lei nº 44016, de 8 de Novembro de 1961. Este diploma tinha o propósito de dar cumprimento ao estabelecido no art. 158º da Constituição Política da República Portuguesa, na redacção de 1951, com o desígnio de promover a “*integração económica do espaço português*”. De relevo, o art. 35º censurava os comportamentos, individuais e colectivos, que tivessem por objectivo prejudicar as condições normais de concorrência entre os diversos territórios nacionais, qualificando-os como crimes públicos. O art. 36º estabelece uma enumeração de comportamentos susceptíveis de constituir uma “*prática económica restritiva*”, como a repartição geográfica dos mercados ou os preços discriminatórios e predatórios, com a importante inovação de não limitar, ao contrario da Lei da 1936, o âmbito de aplicação de aplicação aos bens de consumo. O art. 37º previa a futura aprovação de legislação penal até 1963, ainda que o único diploma aprovado neste domínio tenha sido o Decreto-Lei nº 578/70, de 24 de Novembro, com incidência sobre as situações de “*dumping*”.

Segue-se a Lei nº 1/72, de 24 de Março de 1972, que regulou as bases da concorrência e revogou a referida Lei de 1936. Esta nova lei sofreu o mesmo destino da lei que revogou, nunca recebendo a regulamentação necessária. Digna de nota, ainda assim, é a introdução de elementos como a enumeração de condutas susceptíveis de integrar tipos anti-concorrenciais, juntamente com a ideia de que algumas dessas práticas poderiam ser justificadas por razões de interesse geral.

Contudo, como fazem notar os Autores, a influencia corporativista era manifesta, havendo confusão entre os interesses da concorrência e os interesses dos concorrentes, ou entre práticas anti-concorrenciais e práticas de concorrência desleal.

Com o fim do período corporativo, e superada a crise de identidade resultante do confronto entre o modelo de economia de mercado e o modelo de economia planificada que caracterizou a redacção original da CRP, foi possível considerar a necessidade de um normativo, de dignidade constitucional, dedicado à defesa da concorrência, o que levou ao aditamento da alínea f) ao artigo 81º CRP (Incumbências prioritárias do Estado), inserido no Título I, Princípios Gerais, da Parte II, Organização Económica, na revisão constitucional de 1982. Nestes termos, integrava as atribuições do Estado, em matéria de organização económica, *“assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas”*, devendo este imperativo ser interpretado de acordo com o art. 85/1 CRP, segundo o qual *“o Estado protege as pequenas e médias empresas economicamente viáveis”*. Apesar da ambiguidade, esta proclamação constitucional constituía uma evolução importante face ao anterior estado de coisas, silencioso em matéria de concorrência. Actualmente, a CRP valoriza a defesa da concorrência ao abrigo de artigos como o 81º/f), que, na sua redacção actual, aponta ao Estado a função de *“assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*, e o 99º, que estabelece *“a concorrência salutar dos agentes comerciais”* e *“o combate às actividades especulativas e às praticas comerciais restritivas”* enquanto objectivos expressos.

Acrescente-se que, ainda no quadro constitucional pré-revisão de 1982, foi criada, pelo Decreto-Lei nº 293/82, de 27 de Julho, a Direcção-Geral da Concorrência e Preços, sob a tutela do Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas, dotada de *“atribuições de estudo, concepção e execução administrativa das politicas de concorrência e de preços, bem como de análise dos circuitos de distribuição”*. Como é claro, tratava-se de uma entidade integrada na hierarquia administrativa e, como tal, carecia de independência e autonomia.

A revisão constitucional de 1982 deu lugar ao Decreto-Lei nº 422/83, de 3 de Dezembro. Segundo o respectivo Preâmbulo, o propósito do diploma consistia em promover “*a elaboração de uma lei da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus*”, um objectivo não alcançado, desde logo pelo facto de excluir do seu âmbito de aplicação alguns sectores cruciais da economia, como a administração central, local e regional, juntamente com a produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, os correios e as telecomunicações, ou seja, sectores então controlados por monopólios de natureza pública. Soma-se que os ilícitos previstos abrangiam não só verdadeiras práticas anti-concorrenciais – acordos de empresas, decisões de associações de empresas, práticas concertadas e abusos de posição dominante – como também um conjunto de impropriamente designadas práticas individuais restritivas da concorrência – imposição de preços mínimos, imposição de preços ou condições de venda discriminatórios relativamente a prestações equivalentes, recusa de venda bens ou recusa de prestação de serviços. Mais, as competências destinadas a assegurar o cumprimento das regras de concorrência estavam atribuídas a um conjunto de organismos não necessariamente independentes ou dotados de competência técnica: a instrução dos processos por infracção era da competência de um organismo com atribuições compósitas, a Direcção-Geral da Concorrência e Preços, na tutela do ministro competente para a área do comércio e turismo. A actividade regulatória desta entidade tinha ainda que se coordenar com a do Conselho da Concorrência, um órgão com competências decisórias, consultivas e de proposta, composto por membros que exerciam funções a tempo parcial, sem os meios ou recursos necessários. A coadjuvar esta entidade, havia também uma Comissão Consultiva da Concorrência, tendo esta uma composição corporativa, com representantes da agricultura, indústria, comércio e consumidores.

O Decreto-Lei nº 428/88, de 19 de Novembro, relativo ao controlo de concentrações de empresas, completaria o regime de defesa da concorrência, tendo este a particularidade de excluir expressamente o sector financeiro – banca e seguros – do seu âmbito de aplicação.

Em 1993, os Decretos-Lei nº 370/93 e nº 371/93, ambos de 29 de Outubro, vieram substituir os diplomas de 1983 e 1988. O Decreto-Lei nº 370/93 regulava as práticas restritivas do comércio, com o Decreto-Lei nº 371/93 a regular os ilícitos

concorrenciais e o controlo de concentrações. Apontam os Autores que, embora representando um progresso significativo face à legislação anterior, Decreto-Lei nº 371/93 demonstrava insuficiências notórias relativamente às necessidades de um regime de concorrência moderno e harmonizado com as exigências comunitárias. Dão o exemplo das instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros, que continuavam excluídas do âmbito de aplicação das regras sobre o controlo de concentrações, e a excepção prevista para “*as restrições de concorrência decorrentes de lei especial*”.

Chegamos à alteração produzida pela entrada em vigor da Lei nº 18/2013, de 11 de Junho, designada Lei da Concorrência, e do Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro, que fundou a Autoridade da Concorrência e aprovou os respectivos Estatutos. Esta nova entidade substituiu a Direcção-Geral do Comércio e Concorrência, que entretanto, havia sucedido a Direcção-Geral do Concorrência e Preços, juntamente com o Conselho da Concorrência, em funções desde 1983. Este novo regime da concorrência constituiu, como referem os Autores (p. 104), “*um importante salto qualitativo na determinação das condições institucionais para a definição e execução de uma política de concorrência moderna e alinhada com os critérios predominantes no regime em vigor na Comunidade Europeia e nos países europeus mais avançados neste domínio*”. Assim, e pela primeira vez em Portugal, as regras da concorrência beneficiariam de um âmbito de aplicação global, abrangendo, na sua integralidade, todos os sectores da economia. Igualmente determinante é o facto de se ter instituído uma entidade administrativa dotada de poderes efectivos e de um estatuto de independência que a tornam apta a conduzir uma política de concorrência – manifestada em poderes de regulação, supervisão e de sanção – assente em critérios de estrita racionalidade económica.

Demonstrando sensibilidade aos desenvolvimentos no domínio do Direito da Concorrência da Comunidade Europeia, a Lei nº 18/2003 estabeleceu, no seu artigo 60º, que o regime nele consagrado, em conjunto com o do Decreto-Lei nº 18/2003, era susceptível de adaptações que reflectissem os mais recentes progressos naquele Direito. Foi neste espírito que o Memorando de Entendimento, assinado a 3 e 17 de Maio de 2011, acabaria por prever – ponto nº 7.20 – que o Governo português adoptaria medidas destinadas a “*melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das*

*regras da concorrência*”, com foco numa “*revisão da Lei da Concorrência que a tornasse o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Direito Penal, e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE*”. Este último ponto será de especial relevância para a compreensão do objecto do presente trabalho.

O percurso que descrevi culmina no actual Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, cujas disposições são indissociáveis da actuação da Autoridade da Concorrência. Os Estatutos desta entidade foram aprovados pelo Decreto-Lei nº 125/2014, de 18 de Agosto, diploma que procedeu à adaptação dos mesmos à entrada em vigor do novo RJC e da Lei-quadro das entidades reguladoras, de 28 de Agosto de 2013.

#### *Caracterização e Natureza jurídica*

A AdC é “*uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente*”, segundo o art. 1º/1 dos Estatutos, integrando, pelas suas características essenciais, o conjunto das Autoridades Administrativas Independentes (AAI). Vital Moreira e Fernanda Maçãs (*Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, Coimbra, nota 24, p. 258) apontam dois traços que permitem caracterizar uma entidade pública enquanto AAI: independência orgânica e independência funcional. Estes traços estão consagrados no art. 40º dos Estatutos. Segundo Costa Ramos (op. cit. p. 15), tais entidades devem prosseguir uma função estadual, de natureza pública e administrativa. Deverão, também, ser dotadas de um poder regulamentar próprio, mais ou menos extenso. Deverão ser dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, com órgãos próprios e um regime de destituição dos seus membros que impeça interferências governamentais que excedam o acto de nomeação, tal como um regime de incompatibilidades. De igual modo, não devem estar sujeitas ao poder da superintendência, nem a controlo de mérito das suas decisões que não tenha carácter jurisdicional.

#### *Finalidade e Atribuições*

O objectivo último da AdC, de acordo com o art. 1º/3 dos Estatutos, consiste em “*assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos*



*sectores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio de autonomia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores*”, ou seja, compete-lhe efectivar o papel que a CRP atribui ao Estado, por força do seu art. 81º/e).

A abrangência desta finalidade impõe a prossecução daquilo a que Costa Ramos caracteriza com objectivos intermédios (*Autoridade da Concorrência, Uma Análise Estatutária*, 2004, p. 6), enumerados no art. 5º dos Estatutos como atribuições, sendo através da realização destas atribuições que a AdC poderá concretizar a missão que professa no art. 1º do Estatuto. Seguindo a enumeração de Costa Ramos (op. cit., p. 6), cabe, em primeiro lugar, à AdC o papel de defensora da legalidade no que toca à defesa da concorrência, e assim assegurar o cumprimento das normas destinadas a promovê-la, sejam leis, regulamentos ou decisões. A AdC deverá, também, assumir um papel pedagógico, no sentido de fomentar práticas pró-concorrenciais e de difundir uma “*cultura de concorrência*” na sociedade civil em geral e junto dos operadores económicos em particular. Outra é a cooperação com autoridades de defesa da concorrência de outros países, tal como organismos comunitários e internacionais. Inclui-se a promoção de actividades de investigação no seu campo de actuação, beneficiando, para este fim, de liberdade na celebração de acordos e protocolos com instituições de carácter público e privado. A AdC exerce uma função consultiva do poder executivo, devendo contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, a pedido do Governo ou por iniciativa própria. Por fim, cabe à AdC representar o Estado português nos organismos comunitários e internacionais em todas as matérias relacionadas com a concorrência.

### *Os Poderes da AdC*

O aspecto que mais se destaca no que toca ao exercício dos amplos poderes da AdC relaciona-se com a natureza *tendencialmente inquisitória* do processo contra-ordenacional da concorrência. Ou seja, a regulação da concorrência caracteriza-se pela concentração, na mesma entidade, dos poderes de investigação e dos poderes sancionatórios. Quanto a esta questão, defendemos que a estrutura acusatória do processo, própria do processo penal, não é constitucionalmente imposta ao processo

contra-ordenacional. O art. 32º CRP apenas consagra a estrutura acusatória relativamente ao processo penal (32º/5 CRP), sendo que, em sede de processo contra-ordenacional, se limita a postular, especificamente, garantias processuais do arguido: os direitos de audiência e defesa. Ora, a garantia destes direitos não está, necessariamente, dependente da existência de uma estrutura processual de cariz acusatório, garantia essa que, em virtude da autonomia legal do processo de contra-ordenação face ao processo penal, e dos desígnios constitucionalmente previstos de um Estado regulador de uma área crucial para a economia, é igualmente alcançada através do actual modelo de concentração, em concreto, na fase instrutória do processo. Como refere Costa Pinto (*Supervisão...*, p. 74), entidades como a AdC concentram os poderes necessários e imprescindíveis ao próprio exercício da actividade reguladora, como poderes de regulamentação, de supervisão e o sancionamento de actividades ilícitas, mas orientando-se, simultaneamente, pelos princípios da legalidade e da independência na sua actuação. E, claro está, o ponto fundamental que se traduz na possível existência de uma fase judicial, na qual a decisão sancionatória proferida na fase administrativa é submetida ao controlo das instâncias judiciais se esta não for aceite pelo arguido.

Com argumentação semelhante, Silva Dias (Intervenção no III Curso de Outono do IDPCC da FDL, votado ao tema “O Processo nas Contra-Ordenações Económicas”) o modelo em vigor como um “*sistema inquisitório mitigado*”, na medida em que certas garantias de defesa, historicamente associadas ao sistema acusatório, estão devidamente salvaguardadas no processo contra-ordenacional económico, não só por força do art. 32º/10 CRP, mas enquanto decorrência do princípio do Estado de Direito Democrático. Já a plena extensão destas garantias será matéria discutida no presente trabalho.

Costa Pinto conclui, dizendo que esta concentração de poderes – de investigação e sanção – conjugada com a sujeição à lei e ao poder judicial, asseguram a compatibilidade deste modelo com o princípio da separação de poderes, assim como constitui uma forma de o desenvolver e aperfeiçoar em novos contextos jurídico-económicos que desafiam o modelo tradicional do Estado liberal. Dito isto, prossegue o Autor, o recurso à intervenção do Estado, através das autoridades independentes, assenta numa lógica de prevenção do risco e da actividade ilícita, conciliada com a

intervenção minimalista de um modelo económico de matriz liberal, pelo que constitui uma *“via de procura de soluções marcadas pelo consenso entre os intervenientes (os actos só são questionados judicialmente se os destinatários os quiserem impugnar) e conduz a uma eficaz desconcentração judicial, permitindo que muitas soluções se encontrem na fase administrativa (e, como tal, não contenciosa) da intervenção pública”* (Costa Pinto, op. cit. p. 75).

Autores como Soares da Veiga (*“Legitimidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”*, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, p. 153) criticam a adopção de uma estrutura inquisitória, com este a sugerir o modelo previsto para o regime das infracções anti-económicas e contra a saúde pública, no qual se separa a entidade que investiga e acusa (ASAE) da entidade que aplica as coimas e as sanções acessórias (a Comissão de Aplicação de Coimas em matéria económica e publicidade). Ou seja, o autor defende, numa sugestão teoricamente não destituída de mérito, a adopção de uma estrutura acusatória.

Também neste ponto, Gomes Canotilho e Vital Moreira, a propósito da supervisão prudencial no sector dos mercados financeiros, referem uma *“regulação tendente a garantir o máximo de informação que permita aos operadores e consumidores decisões racionais neste mercado. Combinando esta necessidade de regulação e supervisão com a conveniência em manter uma distância e separação em relação aos detentores do poder político, o resultado foi a criação geral em todos os países de autoridades reguladoras/supervisoras independentes, dotadas de amplos poderes regulamentares, de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios, bem como de recursos financeiros próprios”* (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. Coimbra, 2007, p. 1081).

Ultrapassada esta primeira questão, procederei a uma breve descrição dos poderes da AdC. Começando pelos poderes de **regulamentação**, nos termos formais dos Estatutos (art. 6º/4), a AdC pode (i) elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular (exemplo: Regulamento nº1/E/2003 – Taxas Aplicáveis à Avaliação de Operações de Concentração de Empresas); (ii) emitir recomendações e directivas genéricas (exemplo: Recomendação nº1/2005, que tinha em vista anular o processo de

certificação e reconhecimento do Instituto Tecnológico do Gás como Entidade Inspectoria do Gás, por ser susceptível de criar distorções de concorrência); (iii) pronunciar-se, a pedido da Assembleia da Republica ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à promoção e defesa da concorrência; (iv) formular sugestões ou propostas com vista criação ou revisão do quadro legal e regulatório. Costa Ramos (op. cit. p. 8) faz uma distinção entre poderes regulamentares e poderes de recomendação. Os primeiros traduzem o poder de aprovar actos jurídicos vinculativos para uma generalidade de destinatários – os regulamentos. Este poder, conjugado com o de aprovar decisões individuais com carácter vinculativo para os seus destinatários, tanto no âmbito de supervisão, como sancionatório, caracteriza a AdC como uma autoridade reguladora: uma autoridade reguladora deve *“ter sempre o poder de aprovar regulamentação relativa ao sector que regula. Senão será apenas uma autoridade de mera vigilância, ou sancionatória”* (op. cit. p. 8). Prossegue a Autora que a AdC tem, neste ponto, extensos poderes regulamentares, balizados apenas pelas orientações do Governo em matéria de politica da concorrência, pelos seus Estatutos e pela Lei da Concorrência.

Somam-se os poderes de recomendação, ou seja, a emissão de actos não vinculativos para os seus destinatários, podendo a AdC propor a aprovação de regulamentos ao Governo, de emitir recomendações ou directivas genéricas, destinadas ao Governo ou aos agentes económicos em geral. Pode, ainda, propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas de empresas ou associações de empresas. É deste conjunto de poderes que a Autora extrai a existência de uma função pedagógica, pelo que assim a AdC tenta “levar, por um lado, o Governo a tomar medidas propulsoras para a concorrência no mercado e, por outro lado, os agentes económicos a agirem segundo uma cultura de concorrência sã, contribuindo para o seu bem-estar e, acima de tudo, para o bem-estar dos consumidores.

Quanto aos poderes de **supervisão** da AdC, importa ter sempre presente, antes de tudo o mais, que a sua existência se radica na necessidade de acesso à informação relevante no sector regulado, enquanto *conditio sine qua non* da própria actividade reguladora. É, pois, por este motivo – a realização de uma incumbência publica postulada na CRP – que os agentes económicos estão submetidos a um dever de colaboração com a AdC, estando por isso obrigados a prestar todas as informações e a fornecer todos os documentos que a AdC lhes solicite no desempenho das suas

funções – art. 8º dos Estatutos. Mais ainda, acrescenta Costa Ramos (op. cit, p. 9), as autoridades reguladoras devem ter o poder de examinar os registos das administrações, empresas, e até de particulares, se considerarem indispensável ao prosseguimento da sua missão.

*Crux* deste estudo está em saber se a supervisão e a actividade sancionatória são funções distintas e, caso o sejam, se existem pontos de sobreposição entre ambas. Em termos estritamente conceptuais, concordamos com uma distinção entre funções, pois, como refere Sousa Mendes (RCR, nº 11/12, p. 313), as diligências de supervisão, com destaque para as inspecções e auditorias, são actos administrativos de conteúdo verificativo, desenvolvidos no âmbito de uma relação institucional em que o dever de colaboração do inspeccionado ou auditado tem como contrapartida a comunicação prévia por parte da AdC do como e quando serão realizadas as diligências, sendo que estas diligências não visam a descoberta de ilícitos, sob pena de se transformarem em “buscas encapotadas” (op. cit, p. 313), algo que constituiria, na opinião do Autor, manifesta fraude à lei: inversamente, pretende-se realizar o controlo ou fiscalização do cumprimento da lei. Esta distinção tem, no entanto, um alcance meramente teórico, na medida em que desse controlo do cumprimento da lei podem surgir, pasme-se, fortes indícios da prática de ilícitos, pelo que qualquer tentativa de isolar, rigidamente, as funções redundaria num tecnicismo vácuo. Como bem refere o Autor, a AdC não pode ignorar a descoberta desses indícios, mesmo que seja dada preferência à emissão recomendações para a adopção de medidas de correcção, códigos de conduta ou sistemas internos de *compliance*, segundo um programa que prefira o emprego de mecanismos de direito flexíveis (*soft law*). Daqui decorre que os indícios descobertos constituem notícia da infracção e, por força, do art. 31º/5 RJC, servirão como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar. Citando Costa Pinto, “a componente sancionatória da supervisão é incindível desta, por três razões fundamentais: por um lado, porque toda a supervisão implica necessariamente um controlo da legalidade das entidades e pessoas supervisionadas; por outro lado, porque não há supervisão eficaz sem a tutela sancionatória que a lei lhe confere (...) finalmente, porque todos os ilícitos identificados na supervisão correspondem a infracções públicas sujeitas a um regime de obrigatoriedade de de promoção do processo, componente essencial do principio da legalidade” (Supervisão..., p. 80).

Posto isto, cumpre à AdC, de acordo com art. 6º/3 dos Estatutos, proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções, ou auditorias; instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia; praticar os demais actos previstos na lei, onde se inclui a instrução e decisão de procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou de categorias de acordos entre empresas com as regras da concorrência. Na realização de inspecções e auditorias, a AdC pode aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas ou associações de empresas, inspeccionar livros e outros registos, obter cópias ou extractos de documentos e solicitar esclarecimentos aos colaboradores sobre quaisquer factos e documentos relacionados com objecto e finalidade dessas inspecções e auditorias (64º/1 RJC). No que toca ao controlo de operações de concentração, a AdC pode inquirir qualquer pessoa cujas declarações considere pertinentes e solicitar documentos e outras informações relevantes (43º/1e 2 RJC).

Chegados aos poderes **sancionatórios**, a AdC, por suspeita ou através de denúncia, pode realizar diligências no sentido de determinar a existência de uma infracção às regras da concorrência, comunitárias ou nacionais, proceder à instrução da mesma, e decidir sobre a consequente punição (6º/2 dos Estatutos). Realce para as normas constantes dos art. 9º, 11º e 12º RJC e 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. De notar, a AdC pode, durante a pendência da investigação ou processo, adoptar medidas cautelares, de acordo com o critério de necessidade.

Costa Ramos (op. cit. p. 11), aqui, divide os poderes sancionatórios em poderes de inquérito e inspecção, primeiro, e em poderes sancionatórios *stricto sensu* – aplicação de injunções, coimas, sanções acessórias, sanção pecuniária compulsória. Acrescenta que estes poderes sancionatórios são verdadeiros poderes de natureza punitiva, dirigidos à punição de condutas susceptíveis de integrar tipos contra-ordenacionais, algo que também se retira da aplicação, a título subsidiário, do Regime Geral dos Ilícitos de Mera Ordenação Social (RGIMOS), regime que, por sua vez, dita a aplicação subsidiária do CPP, desde que respeitada a autonomia do processo contra-ordenacional.

### *A tramitação do procedimento sancionatório*

A infracção aos tipos contra-ordenacionais previstos nos artigos 9º, 11º e 12º RJC segue os termos de um procedimento sancionatório especial. A tramitação deste procedimento está prevista nos artigos 13º e seguintes RJC, com aplicação subsidiária do RGIMOS, mesmo no cenário especificamente previsto no RJC de um procedimento de controlo de concentração de empresas (art. 58º RJC).

Nestes termos, a tramitação inicia-se com o **inquérito** – art. 17º RJC – sendo esta a fase em que a AdC investiga as práticas anticoncorrenciais de que tenha notícia, por via oficiosa (*eventualmente na sequência de um processo de supervisão*), ou através de denúncia. A AdC pode, aqui, fazer-se valer dos seus consideráveis poderes de investigação, previstos no art. 18º RJC.

Os poderes em causa são os de *inquirição e solicitação de documentos e outros elementos de informação* que digne necessários para o esclarecimento dos factos, tendo como destinatários os representantes legais das empresas ou das associações de empresas, assim como qualquer outra pessoa cujas declarações sejam relevantes para a condução do processo. A AdC tem, também, o poder de realizar buscas, exames, recolha e apreensão de cópias ou outros extractos de escrita e restante documentação, seja qual for o seu suporte, em qualquer espaço físico que receba a actividade da empresa ou associação de empresas. Isto inclui a realização de buscas domiciliárias, em caso de fundada suspeita de existência, no domicílio dos sócios, membros dos órgãos de administração, trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas, de provas de violação grave da normas relativas aos ilícitos concorrenciais, tal como previsto no art. 19º/1 RJC.

Segue-se a fase de **instrução** – art. 25º e ss RJC. Este terá lugar nas situações em que a AdC conclua, em função das diligências realizadas, pela existência de uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória. Os visados são notificados através da *nota de ilicitude* (art. 24º/3/a) RJC), com indicação das provas produzidas, de modo a que estes, dentro de um prazo razoável, se possam pronunciar e, caso assim entendam, requerer diligências adicionais de prova (art. 25º/1 RJC). Esta

será, então, a fase em que o processo contra-ordenacional em curso é aberto ao contraditório.

Chegamos, por fim, à fase da **decisão final**. Esta poderá consistir no *arquivamento do processo*, com ou sem imposição de condições (art. 29º/3/c) e d) RJC), numa *declaração de existência de prática restritiva*, podendo esta ser ou não autorizada e sancionada (art. 29º/3/c) e d) e /4 RJC), ou de condenação integrada num procedimento de *transacção* (art. 29º/3/b) e 27º RJC).

Como referido supra, as decisões da AdC estão submetidas a controlo de mérito por parte de órgãos jurisdicionais, cabendo recurso para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 84º/3 RJC), e deste para o Tribunal da Relação (secção criminal), que decide em última instância.

Nota para o facto de, até à entrada em vigor da Lei da Concorrência de 2003 (Lei nº 18/2003 de 11 de Junho), a instrução dos processos era confiada à Direcção-Geral da Concorrência, com a decisão final a ser tomada pelo Conselho da Concorrência. A nova Lei veio consagrar o fim da separação entre entidade instrutória e decisória, concentrando ambas as funções no Conselho, órgão máximo da AdC (art. 11º dos Estatutos). A Lei da Concorrência de 2012 manteve esta solução.

Impõe-se, ainda, referir que a AdC não tem competências próprias, nem competências delegadas de forma genérica, para proceder à averiguação de factos de natureza criminal. Os seus funcionários estão, contudo, obrigados a denunciar factos desta natureza, dos quais tenham notícia no desempenho das suas funções (art. 242º/1/b) CPP).



## O Dever de Colaboração

Como referido, o respeito pelas regras da concorrência, seja qual for o domínio de actividade económica, é assegurado pela AdC, entidade que prossegue os seus fins através de amplos poderes de regulamentação, supervisão e sancionatórios. Ora, o efectivo exercício destes poderes depende – em termos que iremos expor – da colaboração dos visados, sendo que esta colaboração constitui um dever legalmente imposto às empresas, e cuja violação constitui um ilícito contra-ordenacional.

Nestes termos, dita o art. 8º dos Estatutos que *“os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da actividade da AdC e outras pessoas que colaborem com aquelas estão obrigadas a prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela AdC para o cabal desempenho das suas atribuições”*, em prazo a fixar pela AdC, à partida não inferior a 10 dias, de acordo com o art. 15º/2 RJC. O art. 64º/4 RJC postula que *“os representantes legais da empresa ou associações de empresas, bem como os trabalhadores e colaboradores são obrigados a prestar toda a colaboração necessária para que os funcionários e as outras pessoas mandatadas pela Autoridade da Concorrência possam exercer os poderes previstos”*; o art. 68º RJC, nas alíneas h), i) e j) do seu nº 1, juntamente com o nº 3, estabelece que a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC no exercício dos seus poderes de supervisão e de realização de estudos, inspecções e auditorias, ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de investigação, constitui contra-ordenação, punível com coima até 1% do volume de negócios realizado no ano anterior – mesmo que o comportamento do infractor seja o resultado de negligência (68º/3 RJC). A isto se soma que a punição não dispensa o sujeito do cumprimento da obrigação (art. 68º/2 RJC), com a possibilidade adicional de se aplicar uma sanção pecuniária compulsória (art. 72º RJC) para esse fim. Se precedida da necessária cominação, a falta de colaboração poderá ainda ser punida a título de desobediência simples, segundo o art. 348º/1/b) CP.

Esta conjugação das disposições constantes dos art. 8 dos Estatutos, 64º/4 e 68º/1/h), i) e j) do RJC conforma um dever legal de colaboração dos agentes económicos face à AdC, em qualquer fase e para qualquer pessoa, não constando da letra da lei uma apresentação expressa de limite quanto ao conteúdo deste dever.

Mas será este dever justificável, *ab initio*, em termos práticos, face à existência de meios alternativos de obtenção de prova ao dispor da AdC, uma vez que, como refere Costa Ramos (*RCR*, nº1, p. 194), a AdC já detém prerrogativas de exercício de poderes coercivos – que a Autora considera suficientes – para realização de buscas, revistas e apreensões de informações e documentos? Mais ainda quando está em causa uma garantia fundamental como o *nemo tenetur*, será legítimo cominar uma sanção ao incumprimento deste dever? São questões que abordaremos, considerando o dever de colaboração à luz dos bens jurídicos protegidos pela infracção correspondente.

Como propõe Nuno Brandão (“Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, nº 1 – Jan/Mar, 2014, p. 30 ss) comecemos por encarar o dever de colaboração não sob uma perspectiva processual, mas antes num plano substantivo. Refere o Autor que a generalidade das infracções ocorridas no âmbito das relações entre particulares e a administração detêm natureza contra-ordenacional, embora, de um ponto de vista material, estes tipos sancionatórios integram o direito penal económico em sentido amplo, invocando os evidentes pontos de contacto entre as violações dos deveres de colaboração, as falhas de supervisão das autoridades reguladoras e os espaços de oportunidade para a prática de crimes de natureza económica-financeira que dali resultam. Estamos, portanto, dentro da “*topografia da criminalidade económica*” (op. cit. p. 31). Ou seja, ao avaliarmos o relevo sancionatório associado ao incumprimento dos deveres de colaboração segundo o bem jurídico tutelado, defrontamo-nos com a por vezes difícil tarefa de desenhar a fronteira entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional; isto é algo curioso, dada a visão tradicional do direito das contra-ordenações como um direito de pura ordenação social, despidido de qualquer função de tutela de bens jurídicos ético-socialmente relevantes e, por isso, susceptíveis de tutela penal.

Assim, prossegue o Autor, a montante da dignidade penal, enquanto parâmetro de legitimação material que justifica a intervenção penal, surge o dever estadual de protecção de bens jurídicos fundamentais que decorre do princípio do Estado de direito. Este será critério para conferir fundamento legitimador à criminalização,

assim como à tipificação de contra-ordenações; a dignidade penal tem o propósito de seleccionar, pela negativa, os comportamentos susceptíveis de integrar a esfera criminal, pelo que se conclui que não se pode criminalizar o que não tem dignidade penal, mas, por outro lado, um comportamento criminalizável pode ser legalmente qualificado como contra-ordenação. De resto, as infracções relacionadas com deveres de colaboração com as entidades reguladoras e autoridades de fiscalização, nos mais variados sectores, assumem naturezas diversas, tomando as vestes de crime ou contra-ordenação consoante a vontade do legislador (exemplo desta diferença de tratamento é a prática de um crime de desobediência pelo não acatamento de ordens legítimas proferidas pela CMVM – art. 391º/1 CVM – por um lado, e a consagração de mero tipo contra-ordenacional nos casos de incumprimento de decisões ou determinações do Banco de Portugal – art. 211º/o) – por outro), embora predomine, claro está, o tipo contra-ordenacional, algo que o Autor atribui, não a uma falta de dignidade penal, mas antes de desnecessidade de pena e de uma intenção atribuir o poder sancionatório relativo a falhas de colaboração à autoridade que exige essa mesma colaboração.

De acordo com Cristina Líbano Monteiro (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001), o que legitima a punição da desobediência é a necessidade de evitar que as determinações legítimas das autoridades públicas – destinadas à produção de efeitos num determinado sector económico – não se venham a realizar devido à inércia ou obstrução daquele a que se pede colaboração. Por isto, defende o Autor, estamos perante a *autonomia intencional do Estado* (Líbano Monteiro, op. cit., art. 348º; Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 276 ss), no sentido originário de *tutela da legalidade* (António de Almeida Costa, “Sobre o crime de corrupção”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984, p. 140), de modo a assegurar a concretização da vontade *legítima* do poder público: esta constitui condição essencial da responsabilização por desobediência, tendo sempre como referência fundamental a “*efectiva legitimidade material do acto ordenado*” (Nuno Brandão, *Justificação...*, p. 276 ss). É, pois, “*a legitimidade material da ordem que garante a vinculação da obediência a uma finalidade, mesmo que mediata, de prossecução de um interesse juridicamente reconhecido e permite obstar a que o tipo legal de desobediência seja perversamente*

*transformado num puro instrumento de adestramento da obediência dos cidadãos”* (Nuno Brandão, “Colaboração...”, p. 36).

Posto isto, a legitimidade deste dever deverá, igualmente, fundar-se numa avaliação de estrita *necessidade funcional*, isto é, apenas será legítimo responsabilizar o particular por desobediência, a nível penal ou contra-ordenacional, na medida em que “*a materialização da legalidade sem a sua colaboração não seja possível ou careça de uma mobilização de recursos estaduais quase impraticável ou que não seja razoável exigir ao Estado*” (Nuno Brandão, op. cit. p. 36). Subjaz, portanto, a esta ideia uma ponderação de eficiência e praticabilidade da acção estadual perante uma incumbência constitucionalmente consagrada e, no caso do dever de colaboração com a AdC, alicerçada na tutela de um direito fundamental – o direito de iniciativa económica privada. É de realçar, portanto, a vertente funcional do dever, mesmo nos casos em que a administração poderia, em abstracto, substituir-se aos actos de colaboração do particular a fim de assegurar a legalidade, uma vez que, dada a vasta dimensão do universo de operadores económicos que integram o sector objecto de regulação, as entidades públicas jamais teriam capacidade prática para superar a inércia ou oposição da generalidade dos visados, situação que *provavelmente* se verificaria na ausência de ameaça legal sancionatória. O acórdão do TC nº 274/98, por exemplo, expõe este raciocínio ao referir que “*A opção de criminalização tomada pelo legislador quanto ao não acatamento da ordem de demolição por parte do infractor não se afigura violadora dos princípios da justiça e da proporcionalidade. Na verdade, a Administração não tem de manter serviços dimensionados para proceder sistematicamente a tais demolições*” (p. 595).

Em suma, seguindo Nuno Brandão, está em causa a manutenção da capacidade funcional da estrutura estadual com vista à materialização prática de uma vontade legítima, sustentada na tutela de um bem jurídico e executada ao abrigo da autonomia intencional do Estado. Como vimos, o incumprimento de ordens legítimas pode preencher a previsão de tipos sancionatórios penais ou contra-ordenacionais, verificando-se, na grande maioria dos casos, uma equivalência substancial dos delitos em matéria de dignidade penal. Sublinho este ponto para ilustrar a ideia de que o tipo sancionatório substanciado pelo incumprimento de deveres de colaboração com uma entidade reguladora como a AdC, ao qual se comina uma sanção contra-ordenacional,

obedece a considerações de tutela de bens jurídicos, pondo-se aqui em causa a ideia tradicional de que os ilícitos contra-ordenacionais são geralmente neutros em termos ético-sociais.

E qual o bem jurídico tutelado pelos tipos contra-ordenacionais que impõem um dever de colaboração com a AdC? Defende Nuno Brandão (op. cit. p. 41) que, dada a íntima conexão destas normas com a tarefa de instrução probatória das infracções anti-concorrenciais previstas no RJC, o bem jurídico em causa é a *realização da justiça*, enquanto “*valor supra-individual*” (Medina de Seíça, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Nótula antes do art. 359º), concretamente na sua vertente probatória, de modo a “*assegurar a verdade das prestações dos intervenientes processuais co-envolvidos, na perspectiva da correcta e justa aplicação do direito ao caso sub iudice. Trata-se, noutros termos, de preservar os fundamentos da decisão*” (...) “*Pretende-se evitar que os meios e recursos – escassos – daquelas instâncias sejam consumidos em trabalho inútil de investigação, nessa medida desguarnecendo a perseguição e punição das infracções efectivamente cometidas*” (Costa Andrade, *Comentário Conimbricense...*, art. 366º).

Deveres de colaboração no domínio regulatório são comuns, estando consagrados, sob diversas formas, no CVM (art. 389º/1/b) e c)), no RGICSF (art. 211º/g), p) e r), no RJC (art. 68º/h), i) e j)), no Instituto de Seguros, ANACOM, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, a Entidade Reguladora da Saúde, a Autoridade Tributária ou a ACT.

Uma nota, ainda, para a existência de deveres de colaboração para com a Comissão Europeia, um dos principais meios de obtenção de prova, no âmbito de investigações de infracções às regras de defesa da concorrência estabelecidas nos art. 101º e 102º TFUE, concretamente, o pedido de informações aos agentes económicos previsto no art. 18º do Regulamento nº 1/2003. Nos termos de referida legislação comunitária, a recusa de colaboração, ou colaboração assente em actos que tecem um retrato impreciso ou incompleto da realidade dos factos, por parte das empresas ou associações de empresas aos pedidos de informação a Comissão poderá comportar a aplicação de uma coima até 1% do volume de negócios realizado durante o exercício

precedente (art. 23º/1/a), b) e d) do Regulamento), com o possível acréscimo de uma sanção pecuniária compulsória (art. 24º).

Estes deveres são um resultado sistemicamente coerente, considerada a função, atribuída às autoridades reguladoras, de garante do funcionamento regular e concorrencial dos mercados. O cumprimento desta responsabilidade pública de garantia impõe uma vigilância constante, através de faculdades legalmente previstas de supervisão e, no limite, de sanção. É o cumprimento destas funções de eminente interesse público que orienta a teleologia das normas em causa, destacando-se, assim, a responsabilidade social dos agentes económicos que, conjugada com as funções publicas que referi, constituem o paradigma do *Estado de Garantia* (Nuno Brandão, op. cit. p. 46).

Perante uma economia de mercado caracterizada por tremendas assimetrias de informação e de poder económico, sob permanente ameaça de degenerar na formação de monopólios, oligopólios ou posições dominantes abusivas, isto é, situações anti-concorrenciais protagonizadas por uma cultura empresarial historicamente adversa à concorrência e de promiscuidade com o poder político, o exercício de funções de supervisão e regulação, através de autoridades reguladoras independentes e autónomas, constitui, nas palavras do TC (ac. nº 78/2013, p. 348) uma actividade de “excepcional relevância pública”. Nestes termos, estamos perante um desígnio que “*confere unidade de sentido a dimensões de interesse público da mais variada e elevada ordem, exprimindo assim um valor social suficientemente denso e materialmente relevante para abrir caminho à sua compreensão como bem jurídico colectivo*” (Nuno Brandão, op. cit. p. 46 ss) (sombreado nosso). Como refere o Autor (op. cit., p. 48), as consequências de falhas continuadas de supervisão, causadas pela quebra sistemática de deveres de lealdade e colaboração das entidades reguladas face às autoridades reguladoras, tornaram-se abundantemente claras aquando da crise no sistema financeiro de 2008, tendo recebido especial publicidade através de numerosos processos penais e contra-ordenacionais e pela actuação da Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização do BPN.

Podemos dizer que a tutela atribuída ao bem jurídico colectivo em causa se sustenta, em termos eminentemente práticos, na necessidade de assegurar “a

*integridade, a completude e a total fidedignidade dos dados factuais e dos elementos documentais sobre os quais incidem as ponderações das autoridades administrativas e na base dos quais são tomadas as suas decisões*” (op. cit., p. 48), por um lado; por outro, pretende-se garantir a *capacidade funcional* da administração, face às suas incumbências de realização de justiça. Este conceito de capacidade funcional assenta em considerações de eficiência da actuação, pelo que subscrevo as palavras de Nuno Brandão quando refere que “*exigir da administração que envidasse sozinha todos os esforços necessários ao cumprimento cabal dessas funções seria vota-las antecipadamente ao fracasso*” (op. cit, p. 49). É, pois, desta racionalidade que se retira a sustentação material, em termos de conformidade com a CRP, da exigência legal de entrega de documentos necessários ao exercício das funções da AdC.

Veja-se o argumento inverso, apresentado, nomeadamente, por Silva Dias e Costa Ramos (*O Direito à Não Auto-Inculpação...*, p. 76), no contexto da posição segundo a qual o visado pelo dever de colaboração deverá ser imediatamente constituído arguido a partir do momento em que surjam sérias suspeitas de culpa. Em concreto, Costa Ramos refere que, mesmo aceitando como admissível uma ponderação entre a defesa da concorrência e o *nemo tenetur*, de acordo com a letra do art. 18º/2 CRP, nunca estariam verificados todos os requisitos legalmente impostos da referida ponderação – proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade – por considerar desnecessária a restrição ao direito à não auto-inculpação. A Autora justifica esta falta de efectiva necessidade através dos poderes coercivos previstos no art. 17º/1/c) e d) e /2 RJC, poderes estes que seriam uma alternativa viável à restrição de um direito fundamental. Acrescenta, também, que o regime da clemência, instituído pela Lei nº 39/2006, de 25 de Agosto, tem o efeito psicológico de promover a colaboração voluntária, o que tornaria desnecessário o recurso a prerrogativas coercivas como o dever de colaboração (RCR, nº1, p. 192).

Na mesma linha, Silva Dias defende, a propósito do sector financeiro, que os poderes coercivos constantes do art. 408º/2 CVM, conjugados com as medidas cautelares previstas no art. 412º/1 CVM, permitem à CMVM a realização plena das suas funções de supervisão, na medida em que possibilitam o acesso desta entidade aos documentos e informações pretendidos, embora admita que “*a tarefa de investigação da CMVM se torna mais difícil e a investigação menos eficaz*”, mas que,

não sendo uma perda insuportável, se “*trata afinal de uma perturbação decorrente da normal realização de um direito ou garantia*” (RCR, nº1, p. 258). O Autor equipara esta situação ao que se verifica, por exemplo, aquando da reabertura de um processo penal, a requerimento do condenado, para apreciação dos factos provados em sentença condenatória já transitada em julgado, de modo a efectivar a garantia da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art. 2º/4 CP e art. 317º-A CPP), pelo que “*este tipo de perturbações funcionais não constitui fundamento bastante, a nosso ver, para derrogar ou impedir a aplicação de direitos, liberdades e garantias*” (op. cit. p. 258).

Ora, a posição defendida – a de favorecer a aplicação plena do *nemo tenetur* por via de recurso aos meios coactivos de que as autoridades administrativas dispõem, de modo a superar os obstáculos práticos colocados pela recusa de colaboração – implicaria, como aponta Helena Bolina (“O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”, in *Revista do CEJ*, nº 14, 2010, p. 414 ss), um risco sério de paralisação no que diz respeito a um exercício minimamente eficaz das funções de supervisão – um risco talvez não tão despiciendo como Silva Dias alega. Atentemos o contra-argumento de Nuno Brandão (op. cit. p. 49 ss): levada a aplicação do *nemo tenetur* às últimas consequências, os particulares teriam o direito de recusar a colaboração em qualquer circunstância, independentemente de existir, na mente do supervisor, alguma suspeita de infracção. Até nos “*mais banais pedidos de documentação*” poderia o particular recusar, tendo este consciência de que essa colaboração acarretaria, com elevada probabilidade, uma futura responsabilização sancionatória. Por esta via, “*os mecanismos coercivos que a lei concede aos reguladores para enfrentar situações patológicas de consabida ou previsível falta de colaboração ou até de obstrução ao exercício da justiça ou da supervisão poderiam acabar por tornar-se os **meios normais** de obtenção dos elementos e documentos necessários para o efeito*”. Nem para os particulares isso seria conveniente, dada a expectável perturbação da actividade diária e os óbvios riscos reputacionais que resultam da sujeição, por exemplo, a uma diligência de busca. A isto se somaria, indica o Autor, a exigência de um investimento desproporcionado em recursos humanos e materiais, produzindo-se perdas socialmente insuportáveis para a fluidez e celeridade dos processos sancionatórios e



de supervisão. De facto, como iremos expor em crítica mais detalhada à posição de Silva Dias e Costa Ramos, se a solução passa pela constituição de arguido – promovida pela AdC, por já existir uma suspeita, ou pelo próprio particular, por temer que venha a existir uma suspeita – importará perguntar se um sistema de supervisão sectorial ainda faz qualquer tipo de sentido, pelo que a AdC não será mais que uma entidade sancionatória, em tudo análoga a um OPC.

Por fim, o argumento avançado por Costa Ramos, de que o regime de clemência, enquanto mecanismo de apelo à colaboração, relativiza a imposição de um dever susceptível de afectar uma garantia fundamental, contribuindo, assim para a ideia de desnecessidade da restrição, peca por colocar a ênfase do seu raciocínio no estado psicológico do particular, assumindo que a grande maioria dos particulares anuirá perante as vantagens oferecidas, algo que está por demonstrar. Veja-se, como indica Teresa Morais (“O novo Instituto da Clemência – a dispensa e atenuação especial de coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, 40, 2007, p. 75 a 97), que o regime da clemência apenas funciona quando já existe, na mente do particular, um forte receio de detecção e punição de práticas anti-concorrenciais, pelo que, sem meios efectivos de investigação, também o regime de clemência será ineficaz. Trata-se, apenas, de um regime que visa incentivar a colaboração, para benefício e celeridade de todo o processo, o que vem realçar a importância de um envolvimento voluntário dos particulares nas acções realizadas por uma entidade reguladora.

Recapitulando, o dever de colaboração, enquanto situação jurídica de sujeição a uma autoridade reguladora, pretende salvaguardar a capacidade funcional da administração para uma eficiente prossecução das suas funções de realização de justiça, à luz de uma incumbência constitucionalmente consagrada para tutela de um direito fundamental. O incumprimento deste dever integra a previsão de um tipo sancionador de natureza contra-ordenacional, natureza que resulta, não de uma ponderação qualitativa, mas de uma opção do legislador, com vista a uma aplicação mais eficiente do Direito, estando em causa a tutela um bem jurídico materialmente penal.

## Do nemo tenetur

### Enquadramento Histórico

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* encontra as suas raízes na tradição jurídica anglo-saxónica, sendo característico da transição de um processo penal inquisitório para um de estrutura acusatória. Datado do século XVII, surgiu como reacção às práticas inquisitoriais a que os tribunais eclesiásticos da época recorriam, com os *Prerogative Courts*, a *Star Chamber* e o *Court of High Commission* com a posterior extensão aos tribunais comuns. É disto exemplo o sistema de juramento *ex officio*, mediante o qual o suspeito de heresia era forçado a jurar a sua inocência, estando sujeito a qualquer expediente de obtenção de prova, de modo a arrancar uma tão pretendida confissão, enquanto *regina probatorum* de todo o processo penal. Previsivelmente, a consequência foi a banalização do recurso a métodos de tortura. O julgamento *ex officio* seria formalmente abolido pelo Parlamento Inglês, ao reconhecer a inadmissibilidade de converter o arguido num instrumento abusivo da sua própria condenação. Um ponto determinante que contribuiu para a implementação real do *nemo tenetur* foi o direito a ser assistido por um advogado, isto é, com a crescente participação do advogado no processo, acabaria por se verificar uma alteração substancial da sua estrutura, já que o acusador lida agora com o advogado, e não directamente com o arguido, possibilitando estratégias de defesa que não forcem o arguido a assumir um papel auto-incriminador. O direito será garantido por lei em 1836 – *Act of enabling persons indicted of Felony to make their defense by Counsel or Attorney* – o que viabilizou o exercício de um direito ao silêncio do arguido, uma vez que este tinha quem falasse por ele. Segue-se, em 1848, o *Act to facilitate the Performance of the Duties of the Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persons charged with Indictable Offenses*, por via do qual foi criada a obrigação, para o juiz de liberdades, de informar o arguido do seu direito ao silêncio. Como refere Vânia Costa Ramos (Corpus Jurídico 2000, p. 14), foi a conjugação do direito à assistência de um advogado e o direito ao silêncio que permitiu separar a função do arguido como meio de prova da sua posição como parte no processo.

A progressiva adopção deste princípio encontra paralelos nos EUA, que o acolheram na *Bill of Rights*, em 1791, estando integrado na 5ª emenda da Constituição e no precedente jurisprudencial da decisão do Supreme Court no caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, em que se realçam os deveres de esclarecimento e advertência sobre os direitos dos arguidos.

Soma-se a consagração em instrumentos de Direito internacional, implícita ou explicitamente, , como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º e 11º/1), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 14º/3) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (6º/1 e 2).

Como refere Diana Alfafar (*RCR*, nº11 e 12, p. 328), o arguido, que antes fora um mero objecto do processo, inserido numa estrutura que privilegiava a eficácia da perseguição penal acima de qualquer outro valor, adquiria agora a qualidade de sujeito processual, com todos os direitos que lhe são inerentes. A sua colaboração com a investigação seria agora encarada como um instrumento da defesa, e não tanto como meio primordial de obtenção de prova.

Por cá, a sua consagração no ordenamento jurídico português – entendido enquanto direito ao silêncio – remonta ao Decreto de 28 de Dezembro de 1910, primeira concretização legal a abolir a obrigação, imposta ao arguido, de se pronunciar em audiência sobre os factos que constituíam o objecto do processo penal – com excepção de perguntas relativas à sua identidade, devendo o juiz informá-lo expressamente desse direito e ter em atenção que a possibilidade de interrogar o arguido tinha como finalidade o exercício do direito de defesa e não a comprovação da acusação (João de Sousa, *Noções de Processo Penal*, 1915, p. 118). A doutrina portuguesa, todavia, já se debruçava sobre a necessidade de um reconhecimento jurídico do direito ao silêncio desde os tempos de Pascoal de Melo Freire, autor que, no seu Projecto de Código Criminal, datado de 1789, já defendia que o arguido apenas prestaria juramento caso se dispusesse a confessar voluntariamente, excluindo a obrigação de responder, sob juramento, às perguntas do juiz. Outros momentos de relevo na história da figura em Portugal reportam-se à Novíssima Reforma Judiciária (NRJ) de 1841, que implementou o modelo acusatório continental do *Code de Instruction Criminelle*, expressão da influência do iluminismo nos sistemas penais de

toda a Europa; o Código de Processo Penal de 1929, que vigorou até 1987, consagrava o direito ao silêncio, apenas limitado pela obrigação de declarar com verdade em matéria de identificação pessoal e identificação criminal – ao contrário da NRJ, note-se, a versão inicial do Código previa apenas a obrigação de informar o arguido do seu direito ao silêncio já em fase de julgamento (art. 280º), estendendo-se, mais tarde, essa obrigação às fases processuais anteriores, em 1972 (art. 254º/1 e 425º, na redacção dada pelo DL nº 185/72, de 31 de Maio. Também na vigência deste código, tal como hoje, o interrogatório do arguido era encarado como meio de prova e meio de defesa (Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O Direito à não auto-inculpação no Processo Penal e Contra-ordenacional português*, p. 9 a 12).

Contudo, como referem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos (op. cit. p. 13), à consagração formal do *nemo tenetur* não correspondia uma verdadeira realização efectiva. Embora o arguido pudesse remeter-se ao silêncio durante o primeiro interrogatório e na audiência, nada impedia a utilização prévia como prova contra si, ainda que tivesse sido obtida com desrespeito pela sua liberdade, algo que acontecia durante a ordem constitucional de 1933, por via da investigação policial prévia à constituição formal de arguido. Ainda assim, a simples confissão era considerada insuficiente para a condenação, com o art. 174º do CPP a impor a recolha de provas adicionais (Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal – anotado e comentado*, 2ª ed., 1978, anots. art. 174º e 256º).

O Código de Processo Penal de 1987 (CPP) acabaria por consagrar expressamente o direito ao silêncio, acrescentando-lhe uma verdadeira efectividade prática, na medida em que proibiu a valoração negativa do silêncio, determinou proibições de prova que impedem a sua utilização se o meio probatório em causa tiver sido obtido com ofensa deste direito, proibiu a utilização de declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência, e a obrigação de fundamentação das decisões judiciais (Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, op. cit. p. 14).

## **Alcance normativo, temporal e material do princípio**

No essencial, a garantia substanciada pelo princípio *nemo tenetur* visa prevenir que o suspeito da prática de uma infracção seja convertido em colaborador involuntário da sua própria incriminação perante entidades públicas com competências processuais, o que implicaria, em termos práticos, a sua transformação em meio de prova, com prejuízo para a sua condição de sujeito processual. Figueiredo Dias (“Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in Centro de Estudos Judiciários (org.), *Jornadas de Direito Penal – O novo Código de Processo Penal*, p. 27 ss) refere que a prestação do arguido como meio de prova deve ser *“sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de imã plena liberdade de vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”*.

Em termos normativos, refira-se que o princípio *nemo tenetur* não se encontra expressamente consagrado na CRP, embora, como refere Augusto Silva Dias, exista unanimidade na doutrina e jurisprudência (Costa Andrade, *“Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992, p. 125 ss; Figueiredo Dias e Costa Andrade, *“Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”*, 2009, p. 39; Silva Dias e Costa Ramos, *“O Direito à não auto-inculpação”*, 2009, p. 14; Sousa Mendes, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, 2009, p. ; Acórdão do TC nº 155/2007, de 2 de Março) em reconhecer que o princípio goza de protecção constitucional implícita, sustentando-se no direito a um processo equitativo (20º/4 CRP), nas garantias de defesa (32º/1) e de presunção de inocência (32º/2 CRP), mas também – segundo Silva Dias (*RCR* nº 1, p. 242 ss) – de forma mediata e fragmentária, nos direitos substantivos à integridade pessoal e à privacidade.

Será, portanto, determinante para a resolução das questões abordadas no presente trabalho conhecer o conteúdo exacto deste princípio, tal como, acima de tudo, o seu alcance no domínio concreto de um direito da regulação económica que,

embora contenha dimensões de natureza sancionatória, em muito se distingue dos corolários do Direito Processual Penal.

Segundo uma divisão originada na doutrina alemã, a consagração do *nemo tenetur* poderá radicar-se num fundamento material ou num fundamento adjectivo, tendo prevalecido em Portugal a corrente que atribui a este princípio uma natureza eminentemente processual, ainda que com variações, com a maioria dos autores a configurar o direito ao silêncio como projecção da estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa.

Assim, para uma primeira corrente, designável como *substantiva*, o fundamento do princípio derivaria, de forma directa, de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a começar pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à integridade pessoal e desenvolvimento da personalidade – posição maioritariamente defendida pela doutrina germânica, nomeadamente Eser, Rogall e Dingeldey – e direito à privacidade – posição anglo-saxónica defendida por Gersten e Galligan – tendo fundamento constitucional nos art. 1º, 25º e 26º CRP. Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova*, p. 125) por exemplo, aponta a dignidade humana e a liberdade de acção como fundamentos da protecção contra a auto-inculpação, embora não deixe de o inserir na matriz jurídico-constitucional do princípio da presunção de inocência.

Para uma segunda corrente, de carácter *processualista*, o princípio funda-se nas garantias processuais previstas no texto constitucional, como a garantia de um processo equitativo e a presunção de inocência, designadamente consagrados nos art. 20º/4, 32º/2 e /8 CRP. Maria João Antunes (*Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido*, Sub Judice, nº 4, 1992, p. 25), por exemplo, trata o princípio de uma perspectiva processual e como característica necessária da estrutura acusatória do processo penal. De facto, reconhecem Figueiredo Dias e Costa Andrade (op. cit. p. 42) que a consagração destes direitos processuais, enquanto meio de concretização de um determinado direito fundamental, não implica que este seja o seu fundamento directo e imediato. Prosseguem os Autores que o conceito de dignidade da pessoa humana, pela sua amplitude, afecta mediatemente toda a matéria penal, repercutindo-se em direitos específicos como o direito à não auto-inculpação.

Juntamente com os Autores, subscrevemos a ideia de que o fundamento imediato destes direitos radica-se nas concretas garantias processuais constitucionalmente previstas em matéria criminal, sendo através destas que os direitos fundamentais em causa se concretizam em termos de realização processual. Como referem Diana Alfafar (*RCR*, nº 11/12, p. 330) e Costa Ramos (“Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*” – Parte II, *RMP* 109, Janeiro/Março, p. 69 ss) as garantias processuais constituem o *escudo protector* dos direitos fundamentais do cidadão, estando este, dada a suspeita que sobre ele recai, numa situação de especial vulnerabilidade perante o poder sancionatório do Estado.

Assim, embora defenda um fundamento processual, a doutrina portuguesa aponta ao *nemo tenetur* um escopo de protecção que abrange, de forma mediata, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais com ela relacionados, como os direitos à integridade pessoal e à privacidade.

Já a um nível infra-constitucional, o princípio obteve consagração expressa no CPP, na dimensão de um amplo direito ao silêncio do arguido – art. 61º/1/d) – disposição que é complementada por outras que regulam o direito ao silêncio em actos processuais determinados, estabelecem obrigações de informação ao arguido sobre aquele direito e proíbem que do seu exercício seja extraída alguma consequência desfavorável ao arguido (Silva Dias, *RCR* nº 1, p. 242 ss) – art. 58º/2, 132º/2 e 141º/4 CPP.

Dito isto, o princípio desdobra-se num conjunto corolários, em que se destaca o direito ao silêncio, constituindo este, por razões históricas e pelo amplo acolhimento legal de que beneficia, o *núcleo* do *nemo tenetur*. A leitura do CPP permite-nos concluir que os titulares deste direito são o arguido e o suspeito – figuras que o Direito Processual português distingue, sendo o arguido um sujeito processual *de pleno iure*, e o suspeito apenas “a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar” (art. 1º/e) CPP). Veja-se que a testemunha deve prestar juramento e deve responder com verdade às perguntas que lhe forem colocadas, a menos que das respostas possa resultar a sua responsabilização penal (132º/2 CPP). Perante um tal cenário, assegura-se à testemunha o direito de se remeter ao silêncio e, caso assim

entenda, de requer a sua constituição como arguido – mecanismo por via do qual se evita que um suspeito, por estar vinculado ao dever de verdade enquanto testemunha, seja forçosamente convertido em meio de prova contra si próprio. Questão diversa, num contexto de direito sancionatório da regulação económica (onde predominam ilícitos de natureza contra-ordenacional) está em determinar o momento concreto em que essa suspeita surge, isto é, o momento a partir do qual o destinatário, suponhamos, de actos de supervisão poderá ser qualificado como suspeito.

Concluem Silva Dias e Costa Ramos que *“no sistema processual penal português é titular do direito ao silêncio primeiramente o arguido e, além dele, e todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas”* (“O direito à não auto-inculpação”, p. 20). Prosseguem os Autores que, embora o direito ao silêncio constitua o núcleo quase absoluto do nemo tenetur, não se justifica restringir a amplitude deste princípio ao direito em causa, pelo que importa referir outras possíveis manifestações do princípio, como o direito de não entregar documentos que estejam cobertos pela reserva da vida privada. Acrescentam, ainda, que *“expressão oral, escrita e gestual são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-inculpação”*, posição subscrita por Sousa Mendes (*O procedimento sancionatório especial*, p. 6 ss) e Moura e Silva, (*Direito da Concorrência*, p. 169), embora este fundamente o direito em causa, não na aplicação subsidiária do CPP, mas no Direito comunitário da concorrência e na jurisprudência que o aplica – veja-se o caso Orkem – tal como num princípio de igualdade de tratamento das entidades supervisionadas face ao Direito nacional e comunitário. Diversamente, Costa Pinto defende que o direito à não auto-inculpação abrange apenas o direito a não prestar declarações sobre os factos objecto de imputação, excluindo-se a possibilidade de recusar a entrega de elementos que o visado tenha no seu poder (op. cit. p. 95).

Para uma plena compreensão dos problemas em causa, importa ter presente os diferentes âmbitos de validade do nemo tenetur, entre os quais é possível distinguir, com Silva Dias e Costa Ramos, um âmbito de validade normativo, um de validade temporal e outro, ainda, de validade material.



O âmbito de **validade normativo** traduz-se na aplicação do princípio a todo o Direito sancionatório público, ponto de grande relevo para o presente trabalho, em que se destaca a inclusão do Direito de Mera Ordenação Social. Refira-se a posição defendida pelo TEDH, segundo o qual o princípio é aplicável sempre que se verifica uma “acusação de natureza penal”, tendo a palavra “penal” o mesmo significado que “punitivo” ou “sancionatório” (Silva Dias e Costa Ramos, op. cit., p. 22, citando o acórdão de 8 de Junho de 1976: caso *Engel e outros c. Países Baixos*). Concluem os Autores que a consequência imediata deste entendimento é a de que o princípio não vigora fora do quadro sancionatório. Poder-se-ia discutir a sua aplicação ao domínio disciplinar, em matéria laboral, mas tal questão transcende o escopo deste trabalho. O ponto a realçar é o de que o princípio se aplica ao Direito das Contra-ordenações, sendo este o domínio sancionatório mais relevante em sede de regulação económica. Segundo Silva Dias (*RCR* nº1, p. 244), a extensão desta garantia, originalmente concebida para o Processo Penal, ancora-se na cominação de coimas de montantes elevadíssimos, aptos a provocar a “*asfixia económica das empresas e dos indivíduos e que, portanto, são altamente restritivas de direitos patrimoniais*”. Acrescenta, ainda, que as garantias constitucionais, em que, implicitamente, se inclui o *nemo tenetur*, são aplicáveis ao Direito das contra-ordenações, seja por via directa, seja através do nº 10 do art. 32º CRP, que assegura ao arguido em processo de contra-ordenação os “*direitos de audiência e defesa*”. Neste ponto, Figueiredo Dias refere que por “direitos de defesa” deve entender-se “*uma categoria aberta à qual devem ser imputados todos os concretos direitos, de que o arguido dispõe, de co-determinar ou conformar a decisão final do processo ... logo a partir da constituição de arguido*” (Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in CEJ (org), *Jornadas de Direito e Processo Penal – O novo CPP*, Coimbra: Almedina, p. 1-34, 1993). Importa, no entanto, referir que a aplicação deste princípio ao Direito de mera ordenação social não determina, nem é uma manifestação, de uma transposição em bloco das garantias processuais que vigoram em processo penal. Com Lobo Moutinho (*Direito das contra-ordenações – Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica, 2008, p. 41), a invocação de garantias processuais no domínio contra-ordenacional terá que obedecer a um juízo estruturalmente análogo, pelo que devemos sempre confrontar a razão de ser do *nemo tenetur* em processo penal com a estrutura e autonomia do processo contra-ordenacional.

Quanto ao âmbito de validade ou **vigência temporal**, alguma doutrina, em que se destaca Silva Dias e Costa Ramos, defende a ideia de que a garantia pode vigorar mesmo antes da constituição de arguido, na medida em que, pelo menos, pode ser o seu fundamento. É o que se verificaria nos casos em que as perguntas ou pedidos dirigidos a uma pessoa sugerem a suspeita de envolvimento na prática de um ilícito, situação em que a lei permite a recusa de colaboração – art. 132º/2 CPP – e o requerimento de constituição de arguido – art. 59º/2 CPP – uma faculdade processual que atribui à pessoa alvo de suspeita todos os direitos e prerrogativas que a lei confere ao sujeito processual que é o arguido, um estatuto que, enquanto se mantiver, ou seja, até ao trânsito em julgado da sentença, salvaguardará a integral vigência do *nemo tenetur*. Esta faculdade, nota Silva Dias (RCR nº 1, p. 245), tem os óbvios inconvenientes de colocar o sujeito à ordem do processo, por exemplo, com a aplicação de medidas de coacção, mas opera como uma importante “válvula de escape”, um instrumento crucial na preservação do *nemo tenetur*, uma vez que previne a possibilidade do sujeito se transformar em colaborador da justiça, co-instruindo o processo e preparando a própria condenação. Discordamos desta posição, quando entendida no sentido de estender o regime, previsto no CPP relativamente à faculdade de requerer a constituição de arguido, à fase prudencial ou supervisória da actuação da AdC, como referimos *infra*.

Posto isto, importará analisar o momento a partir do qual esta garantia é invocável, no especial contexto do Direito sancionatório das autoridades reguladoras, isto é, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão. Entendemos que o direito à não auto-inculpação surge com a constituição formal de arguido, sendo apenas invocável em sede de um processo contra-ordenacional já em curso, algo que encontra eco logo no art. 50º RGIMOS. Acontece, todavia, que o termo “arguido”, previsto no anterior RJC, foi substituído pela designação “visado”, uma substituição que não clarificou o estatuto deste sujeito processual. Anteriormente, o termo “arguido” vinha referido a propósito da notificação da nota de ilicitude – art. 25º/1/b) – pelo que, se não tivesse antes ocorrido a constituição de arguido, esta seria necessariamente realizada no momento da notificação. Estava, então, em causa uma aplicação subsidiária do art. 58º/1/a) CPP, por força do art. 41º/1 RGIMOS e art. 22º do anterior RJC, de modo a que a constituição de arguido pudesse ter lugar em

momento anterior ao da notificação, salvaguardando-se a posição do destinatário de deveres de colaboração no contexto de um inquérito – ou seja, já em fase sancionatória – empreendido pela AdC. Diana Alfafar (*RCR* nº 11/12, p. 340), refere que há duas disposições do novo RJC que nos permitem delimitar as características desta estatuto processual: a começar pelo art. 74º/3, que prevê a interrupção do prazo de prescrição no momento em que se dá a constituição de visado, o que nos permite concluir que existe um acto de constituição formal de uma nova posição processual com consequência legais, tal como ocorre com o arguido em processo penal; a segunda disposição é a do art. 18º, atinente aos poderes da AdC, que distingue os actos de interrogar e de inquirir. Tal como em processo penal (141º ss CPP), interrogam-se os directamente envolvidos na investigação (18/1/a) RJC), e inquirem-se quaisquer outras pessoas cujas declarações se considerem pertinentes (18º/1/b) RJC), do mesmo modo que em processo penal se inquirem as testemunhas (348º CPP). A isto se somará os direitos atribuídos ao visado em processo contraordenacional por força do art. 32º/10 CRP. Dito isto, Diana Alfafar advoga a solução de equiparar o estatuto de visado ao de arguido em processo penal, dado o facto de ambos se encontrarem numa situação de fragilidade perante os poderes de inquérito em processo essencialmente sancionatório. E, tal como se verifica no caso do arguido, os direitos e garantias processuais serão adquiridos mediante a constituição formal de visado, neste caso, através da aplicação subsidiária dos art. 58º ss CPP, *ex vi* 41º/1 RGIMOS e 13º/1 RJC.

Frisamos o ponto anterior de modo a afastar, e nisto discordamos de Silva Dias e Costa Ramos, uma possível constituição de arguido – de visado – em fase de supervisão. Acompanhamos Figueiredo Dias e Costa Ramos (op. cit. p. 50 ss) quando apontam que: i) não existe qualquer regra específica que imponha a constituição de arguido no âmbito de uma supervisão, algo que nunca poderia existir em luz da sua natureza de vigilância e fiscalização das obrigações legais dos supervisionados; ii) admitir nesta fase, prévia a um procedimento sancionatório, que o supervisionado pudesse requerer a constituição de arguido para, assim, beneficiar do direito ao silêncio, seria “*negar a supervisão, fazendo valer, de forma absoluta, aquele direito e anulando as funções que ao Estado cabe cumprir, em clara violação do princípio da proporcionalidade constitucionalmente exigido*”.

Realçam-se, neste ponto, as características distintivas e a autonomia do processo contra-ordenacional face ao processo penal. Este, como indicam Figueiredo Dias e Costa Andrade, não tem a estrutura faseada do processo penal, com inquérito, a fase facultativa que é a instrução e julgamento, havendo uma distribuição de cada uma das fases por entidades distintas. O processo administrativo de carácter sancionatório opera segundo um modelo de concentração numa única entidade, sendo tendencialmente inquisitório. Posto isto, a fase organicamente administrativa, segundo Costa Pinto, não pode ser *“diluída e apagada por aplicação das fases de tramitação do processo criminal”* (op. cit. p. 88). Esta conclusão funda-se numa lógica de aplicação subsidiária do processo criminal, aplicação esta que tem como limite a salvaguarda do próprio regime processual de contra-ordenação, tal como previsto no art. 41º/1 RGIMOS. Nestes termos, a aplicação subsidiária das normas de processo penal – especialmente as relativas a fases e actos processuais – não pode abranger o exercício dos poderes de supervisão, logo em momento anterior à existência de um processo sancionatório, *“sob pena de passarmos apenas e só o regime do processo penal, em detrimento das opções do legislador”* (op. cit. p. 88).

Relativamente à **vigência material**, Silva Dias (RCR nº 1, p. 246) aponta que o princípio, como qualquer direito ou garantia fundamental, não dispõe de validade absoluta, estando exposto, e esta é uma das ideias nucleares do presente trabalho, ao conflito com outros direitos e outros interesses públicos constitucionalmente protegidos, pelo está sujeito ao *método de concordância prática*, efectuada por via legislativa ou através da concreta actuação dos poderes públicos, sejam estes judiciais ou administrativos. Nestes termos, os valores ou bens em colisão são proporcionalmente restringidos, de modo a obter a máxima realização de um, compatível com a máxima realização do outro. O grau da restrição dependerá da importância relativa de cada um dos valores constitucionais em confronto, nunca se admitindo, em caso algum, a total exclusão do *núcleo essencial* de um deles – 18º/3 CRP. Remata Silva Dias: *“mesmo onde o nemo tenetur surge em modalidades menos nucleares, mais dadas à relativização e perda de força normativa, como acontece nos domínios do chamado Direito Penal Secundário e no Direito de Mera Ordenação Social, uma vigência material e um grau de realização mínimos devem ser assegurados”* (RCR nº 1, p. 246).

O dever de colaboração dos particulares não é mais que a consagração legal de um instrumento fundamental para a prossecução da tarefa constitucionalmente atribuída ao Estado de promover a defesa da concorrência. As competências da AdC nesta matéria são, por sua vez, instrumentais ao cumprimento, pelo Estado, de uma das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento dos mercados – art. 81º/e) CRP, sendo esta, na opinião de Leitão Marques (*Um curso de Direito concorrência*, p. 45), a disposição que constitui o fundamento jurídico-constitucional da defesa da concorrência – e garantir um dos princípios fundamentais da organização económica, a liberdade de iniciativa económica privada – art. 61º CRP – liberdade indissociável e dependente da defesa da concorrência, como refere Catarina Anastácio (*RCR* nº 1, p. 208). A iniciativa económica privada enquadra-se como um direito fundamental, que Sousa Franco (*Noções de Direito da Economia*, vol. I, p. 228) define como “*o direito fundamental de as pessoas, singulares ou colectivas, e os grupos (...) exercerem a actividade económica de produção*”. Cabral de Moncada (*Direito económico*, p. 114) refere que, com a revisão constitucional de 1982, o direito de livre iniciativa económica privada passaria de mero princípio objectivo de organização económica para assumir a forma de um autêntico direito fundamental – de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, independentemente de qualquer outro direito. Nestes termos, a defesa da concorrência, enquanto instrumental à tutela desta liberdade, assume-se como uma verdadeira “*imposição constitucional*”, de acordo com Cabral de Moncada (op. cit. p. 485), sendo, nessa medida, a própria concorrência “*um bem constitucional*”, opinião corroborada por Abel Mateus (“Sobre os fundamentos do Direito e Economia da concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, III, Dezembro, p. 1067), com este Autor a referir que “*a preservação e promoção da concorrência é um bem público que suporta o funcionamento da economia de mercado e mesmo a própria democracia*”.

Estamos perante uma clara situação de conflito entre direitos fundamentais, já que nenhum dos direitos em causa poderá ser exercido em toda a sua plenitude. Como indica Catarina Anastácio (*RCR* nº 1, p. 208 ss), estes direitos não são, em abstracto, necessariamente incompatíveis, algo que nunca seria admissível em luz da unidade do sistema constitucional. O conflito entre o direito de livre iniciativa económica privada, por um lado, e os direitos que integram o *nemo tenetur*, por outro, será um conflito meramente eventual, cujas características essenciais apenas poderão ser

identificadas casuisticamente. Posto isto, atentemos aos critérios materiais de restrição a direitos fundamentais constantes do art. 18º/2 CRP.

O *princípio da proporcionalidade em sentido amplo* integra três subprincípios: a) *princípio da necessidade*, que impõem a imprescindibilidade da restrição, por ausência de um meio alternativo, menos oneroso; b) *princípio da adequação*, em que se exige que a restrição seja apta ao fim pretendido de ponderação entre direitos fundamentais; c) *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, cujo propósito consiste em prevenir a adopção de medidas restritivas que sejam excessivas face ao fim pretendido (Canotilho e Moreira, op. cit, p. 392 e 393; Miranda, op. cit., p. 340; Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, p. 124 ss; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 306 ss). Como já foi mencionado, a aplicação destes critérios terá sempre que obedecer ao imperativo de preservar o referido núcleo essencial – ou conteúdo essencial, ou domínio garantido – do direito fundamental a restringir. Segundo Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, p. 340 ss) o núcleo essencial surge como “*um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito*”; Gomes Canotilho (“Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., p. 261), descreve-o “*o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas*”; para Vieira de Andrade, (*Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 286) trata-se de “*uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável*”; com Canotilho e Moreira a rematarem como “*uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias*”.

E qual será, concretamente, o núcleo essencial a considerar nesta ponderação de valores? Catarina Anastácio (RCR nº 1, p. 214) sublinha que a procura do núcleo essencial de cada direito exige um prospecção histórica e teleológica, uma determinação do sentido do direito ao longo do tempo e nos mais variados espaços e domínios jurídicos. Entre nós, realça-se a afirmação de Vieira de Andrade (op. cit. p. 287 ss), de que a preservação de um conteúdo essencial se traduz na protecção da “*dignidade do homem livre*”, pelo que a restrição não pode “*atentar contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional*”.

Teremos, então, que reduzir o *nemo tenetur* “até ao limite a partir do qual os direitos que são seus corolários deixem de existir como tais” (Catarina Anastácio, RCR nº 1, p. 216) Em luz do que tem sido dito, acompanhamos Costa Andrade e Catarina Anastácio quando resumem o essencial do princípio à ideia de “ninguém pode ser coagido a emitir declarações auto-incriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação numa infracção, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um acto livre e consciente” (RCR nº 1, p. 217).

Assim, a ideia central consiste no exercício, por parte do poder público, de alguma forma de *coerção* sobre o visado sujeito a um procedimento sancionatório. Resta determinar, perante a existência de uma *lei expressa e prévia* que impõe ao particular um dever de colaboração, no quadro de um sector económico sujeito – pelas suas características e relevo social – a regulação pública, ao qual o particular tem acesso (tendo o privilégio de actuar, de forma geralmente livre, enquanto operador autónomo), se podemos, com rigor, equacionar a existência de uma verdadeira coacção. Sem prejuízo de maiores desenvolvimentos *infra*, entendemos que não, especialmente desde a entrada em vigor do novo RJC, cujo art. 31º/5 impõe à AdC um dever de esclarecimento ao destinatário de diligências, sejam elas de supervisão ou executadas no contexto de um processo de contra-ordenação já em curso, nomeadamente, quanto à expressa possibilidade de aproveitamento probatório dos elementos fornecidos. Como bem esclarece Catarina Anastácio (RCR nº 1, p. 225), “Se, apesar da cominação legal, o arguido no processo estiver esclarecido quanto ao objecto desse processo, quanto à existência do direito que lhe assiste em não se auto-incriminar e quanto às consequências de uma eventual colaboração da sua parte, não vemos como se possa continuar a considerar que a informação foi prestada sob coerção”.

O que se pretende extrair desta exposição é o enquadramento do *direito ao silêncio* enquanto núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, direito invocável no quadro do estatuto de arguido – ou visado, na terminologia do novo RJC – estatuto que o particular adquire no momento em que os factos lhe são formalmente imputados, ou a requerimento do próprio, sendo esta, na nossa opinião, a única forma juridicamente admissível de objectar à sujeição a diligências de supervisão. O

particular não pode ser forçado a depor contra si próprio: esta garantia inclui apenas a comunicação expressa de uma admissão de culpa por parte do particular, ou declaração de ciência que, isoladamente considerada, tenha um significado materialmente equivalente a uma confissão dos factos. Excluem-se do seu âmbito a entrega de documentos, independentemente da sua natureza ou do momento da sua produção.



## **Análise jurisprudencial**

. Para uma melhor compreensão dos problemas em causa, adequa-se realizar uma breve e resumida análise da jurisprudência do TEDH e dos Tribunais comunitários, num primeiro momento, e da jurisprudência nacional, do Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) e do Tribunal Constitucional (TC), num segundo. Não se trata de um levantamento exaustivo de toda a jurisprudência relacionada com a matéria que constitui o objecto do presente trabalho, mas antes uma selecção dos acórdãos que, entendemos, melhor ilustram as posições em confronto.

### *A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*

A jurisprudência do TEDH tem-se centrado na ideia segundo a qual o direito a um processo equitativo, consagrado no art. 6º/1 CEDH – “*qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação dirigida contra ela*” – integra um complexo de direitos em que se inclui o direito ao silêncio ou, de forma mais ampla, o direito à não auto-incriminação.

O TEDH tem vindo a cimentar o argumento de que, embora não expressamente indicado no referido art. 6º, o direito à não auto-incriminação corresponde a um padrão internacional, nuclear ao próprio conceito de “processo equitativo”. Em causa está a protecção do acusado contra o exercício abusivo de poderes coercivos por parte das autoridades judiciais, com vista à prevenção do risco de adulteração de justiça. Assim, de acordo com o Tribunal, o *nemo tenetur* está primordialmente ligado ao respeito pela vontade da pessoa em permanecer em silêncio, firmando-se no pressuposto de que o ónus da prova em processo penal compete à acusação, sem que esta possa recorrer a métodos ofensivos da auto-determinação do arguido, razão pela qual o *nemo tenetur* é indissociável da presunção de inocência que o art. 6º/2 CEDH consagra.

Como refere Joana Costa (“O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público*, 128 : Outubro : Dezembro 2011, p. 118 ss), a jurisprudência do TEDH dita que o *nemo tenetur*, tal como o princípio do processo equitativo do qual decorre, se aplica aos procedimentos criminais, independentemente do crime em causa ou da sua gravidade – daqui se retira a ideia de que razões de ordem pública, ainda que relacionadas com a segurança do Estado, não poderão legitimar o recurso a um nível de coerção que extinga a essência do direito. Por exemplo, o TEDH nega que um Estado possa recorrer a mecanismos processuais de direito interno que contornem as exigências do art. 6º, em que se destacam as medidas de combate ao terrorismo: tal implica uma recusa da pertinência, ao abrigo da Convenção, de argumentos de política criminal radicados no discurso do Direito Penal do inimigo (op. cit. p. 118).

Prossegue a Autora que, independentemente de postulados normativos de alcance geral visíveis na jurisprudência em causa, “*a compreensão do princípio nemo tenetur , em especial a determinação do seu conteúdo, alcance e extensão, acaba por subordinar-se à ideia segundo a qual a figura do processo equitativo – e consequentemente, os vários elementos que expressa ou implicitamente a integram – não pode definir-se em abstracto, antes devendo ser verificada segundo as circunstancias particulares do caso concreto, tomando em consideração o processo no seu conjunto*” (op. cit.p. 119). Faremos, de seguida, uma breve descrição das conclusões mais relevantes no que concerne à jurisprudência do TEDH.

Nestes termos, entende a Autora que a jurisprudência do TEDH se poderá categorizar em (i) casos que delimitam o estatuto do acusado; (ii) casos em que o acusado não presta declarações apesar da cominação; e (iii) casos em que o acusado presta declarações mediante o exercício prévio de poderes coercivos.

#### (i) *Serves v. França*

Neste acórdão de 20 de Outubro de 1997, o TEDH foi instado a pronunciar-se sobre a legitimidade da decisão do Estado francês em condenar, sucessivamente, em multa um ex-co-arguido por recusa de prestação de depoimento, tendo este sido inquirido na qualidade de testemunha, no âmbito de uma investigação judicial

incidente sobre factos que, por acto entretanto anulado por vício formal, haviam começado por lhe ser imputados também contra a si com apoio em diligências probatórias expressamente ressalvadas dos efeitos daquela nulidade.

As circunstâncias do caso envolvem um oficial do exército francês, Paul Serves, queixoso no processo, que desempenhara funções de comando no âmbito de uma missão realizada em território estrangeiro. No decorrer da missão, Serves foi alvo de uma investigação militar incidente sobre um homicídio alegadamente realizado por elementos do seu comando e sob as suas instruções. Deu-se a instauração de um inquérito judicial sobre os mesmos factos, tendo este culminado na dedução de uma acusação por homicídio contra o queixoso e dois elementos da sua companhia. Por razões formais, o inquérito acabaria por ser declarado nulo, tendo sido ressalvadas dos efeitos da nulidade certas diligências investigatórias preliminares e relatórios militares que implicavam o queixoso no homicídio. Uma vez rectificada a irregularidade, foi aberta nova investigação judicial, só que, desta vez, apenas contra os outros dois visados pelo procedimento inicial. O queixoso, tendo sido convocado a depor como testemunha no âmbito desta nova investigação, recusou a prestação de quaisquer declarações ou depoimento em três ocasiões, argumentando que os actos ressalvados dos efeitos da nulidade continham prova contra si, o que atribuiria ao seu depoimento enquanto testemunha uma natureza auto-incriminatória, viabilizando uma futura acusação contra si pelos mesmos factos. As três recusas valeram-lhe, cada uma, uma multa pelo juiz de instrução, decisão confirmada em recurso. Posteriormente, o queixoso seria alvo de nova acusação por participação no homicídio, com o respectivo processo a ser apensado ao que já corria contra os restantes visados pelo procedimento inicial.

Em luz desta situação, o TEDH concluiu que o conceito de acusado, previsto no art. 6º da Convenção, para além de autónomo em relação ao conceito homólogo que possa vigorar nos ordenamentos dos Estados contraentes, tem um sentido mais material do que formal, devendo, por isso, considerar-se como acusado todo aquele a quem tenha sido oficialmente comunicada pela autoridade competente a qualidade de suspeito da prática de um crime. Aplicado ao caso concreto, o TEDH considerou que o facto de terem sido ressalvados dos efeitos da declaração de nulidade – que havia atingido a investigação judicial originária – certos elementos probatórios indiciadores

de responsabilidade criminal do queixoso equivalia à atribuição oficial da suspeita da prática de um crime, e esta à condição necessária para o reconhecimento do estatuto e acusado enquanto pressuposto formal da possibilidade de invocação dos direitos consagrados no art. 6º CEDH (op. cit. p. 120 ss).

(ii) *Heany and MacGuinness v. Irlanda*

. Acórdão de 21 de Dezembro de 2000, foi aqui reiterado o carácter autónomo e substantivo do conceito de acusado para efeitos do art. 6º/1 CEDH. Neste acórdão colocou-se o problema de avaliar o âmbito normativo do referido conceito, dada a situação de alguém que não se encontra formalmente acusado no momento em fora destinatário de procedimentos alegadamente violadores do direito ao silêncio, estando, todavia, sob detenção, ao momento da realização das ditas diligências, por suspeita de participação na prática de um crime com o qual se relacionavam as informações pretendidas mediante o recurso a poderes coercivos.

O TEDH reafirmou o entendimento segundo o qual o conceito de acusado tem, à luz do disposto no art. 6º CEDH, um significado próprio. Por isto, deve ser considerado arguido “*todo aquele cuja situação individual, enquanto suspeito, se encontre substancialmente afectada*” (op. cit. p. 122). Ficaria afastado o argumento apresentado pelo governo irlandês de que o art. 6º seria inaplicável por inexistência de acusação formal. O TEDH defendeu que, apesar de não se encontrarem formalmente acusados no momento em foram alvo de diligências probatórias, os queixosos já estariam substancialmente afectados por uma acusação de sentido equivalente à suspeita que levava à respectiva detenção (op. cit. p. 123).

(iii) *Weh v. Áustria*

Neste acórdão de 8 de Abril de 2004, o TEDH procedeu a uma delimitação negativa do conceito de acusado, ficando excluído do seu respectivo âmbito as hipóteses em que, no momento em que têm lugar os actos susceptíveis ofender os direitos consagrados no art. 6º, a instauração de um processo sancionatório, fundado nos elementos que as diligências em causa pretendem obter, é ainda *hipotética e remota* (op. cit. p. 123).

Ludwig Weh, queixoso no processo, fora punido, no sistema judicial austríaco, com multa por falta de indicação completa da identidade e morada da pessoa que conduzira o seu veículo automóvel no momento em este havia sido referenciado em excesso de velocidade. Ao abrigo da Lei dos Veículos Motorizados (*Kraftfahrgesetz*), os cidadãos estavam obrigados a fornecer às autoridades competentes, a pedido, a informação relativa à identidade do condutor de veículo identificado pela chapa de matrícula (art. 103º/2 da respectiva Lei). A violação deste dever estava tipificada como infracção criminal (art. 134º). Perante isto, vinha o queixoso argumentar que fora punido por não ter fornecido informação que poderia incriminá-lo no contexto de processo-crime por condução em excesso de velocidade.

Aqui, o TEDH considerou que o queixoso não estava a ser substancialmente afectado por uma acusação relacionada com a condução em excesso de velocidade, seja no contexto de procedimentos penais em curso no momento em que o pedido lhe foi dirigido, seja no contexto de procedimentos penais subsequentes. O TEDH concluiu que tinha sido solicitado ao queixoso um esclarecimento meramente factual: a indicação da identidade e morada do condutor do carro registado em nome do queixoso. Tal não seria directamente incriminatório, considerado o facto de que a informação em causa não poderia ser obtida de outra forma. Não houve, portanto, violação do *nemo tenetur* (Sousa Mendes, *RCR* nº 1, p. 133 ss).

(iv) *Funke v. França*

Este acórdão de 25 de Fevereiro de 1993 é especialmente relevante no que concerne à problemática da entrega de documentos. Neste caso, o TEDH foi instado a pronunciar-se sobre a legitimidade de uma condenação, no sistema judicial francês, em multa (*emende*) e sanção pecuniária compulsória (*astreinte*) de um cidadão alemão, Jean-Gustave Funke, queixoso no processo. Este recusara-se, na sequência de uma busca ao seu domicílio em que foram descobertos livros de cheques de contas bancárias localizadas no estrangeiro, a fornecer à administração alfandegária francesa extractos dessas suas contas, havendo a possibilidade de serem utilizados contra a sua pessoa como meio de prova.

O TEDH deu razão ao queixoso, embora reconhecesse que a administração alfandegária não havia exigido uma confissão, nem a entrega de provas auto-incriminatórias, apenas a apresentação de elementos de informação referentes às contas bancárias indicadas na busca. Feita esta ressalva, concluiu o Tribunal que não havia indícios de da prática de infracção criminal, nem a administração alfandegária recorreu a mecanismos de cooperação internacional de modo a ter acesso aos elementos requeridos. Em vez disto, preferiu a administração exercer uma coerção ilegítima sobre o queixoso, numa tentativa de o forçar a fornecer provas de uma infracção cuja existência era ainda incerta. Conclui-se, assim, que ocorrera uma lesão do núcleo essencial do *nemo tenetur*, na medida em que não existia um processo-crime instaurado e o investigado era a única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de um crime, estando em causa uma violação do direito a um processo equitativo.

Esta conclusão, *per se*, dispensava a análise de uma possível violação do princípio da presunção de inocência. Ademais, o TEDH rejeitou a argumentação do governo francês, assente na obrigação legal de colaboração, com o Tribunal a declarar que o dever de colaboração, ainda que legalmente consagrado, não pode, simplesmente, implicar a auto-incriminação dos obrigados (Sousa Mendes, RCR nº 1, p. 129 ss).

(v) *John Murray v. Reino Unido*

Trata-se de um caso de valoração em processo penal do silêncio do arguido. No acórdão do TEDH de 8 de Fevereiro de 1996, colocou-se a questão de aferir a legitimidade de uma condenação penal, no sistema judicial britânico, juridicamente sustentada na valoração do silêncio do arguido. O agora queixoso John Murray fora detido enquanto descia as escadas de um prédio onde foram descobertos sequestradores militantes do *Irish Republican Army* (IRA) com o respectivo refém. Murray recusou-se sempre, tanto em fase de inquérito policial, como em audiência de julgamento, a prestar quaisquer declarações; o juiz responsável pelo processo interpretou este silêncio no sentido de inferir a culpa do arguido, facto que resultou na condenação deste.

Perante isto, o TEDH considerou que o julgamento não tinha sido injusto, nem, tão pouco, o princípio da presunção de inocência havia sido violado, pelo que não haveria violação do art. 6º/1 e 2. O TEDH sustentou que a presença do arguido no prédio, copulada com a sua falta de explicação par o facto, eram bastantes para a sua condenação, como decorrência de simples senso comum. O Tribunal considerou, também, que o direito ao silêncio não é absoluto, pois é amplamente expectável que a decisão de se remeter ao silêncio durante todo o processo acabe por ter, necessariamente, implicações quando o juiz avaliar o conjunto de provas que incriminam o arguido (Sousa Mendes, RCR nº 1, p. 130).

(vi) *Saunders v. Reino Unido*

O acórdão do TEDH de 17 de Dezembro de 1996 pronuncia-se sobre a valoração em processo penal de declarações anteriormente prestadas sobre coerção. O administrador executivo da sociedade *Guinness PLC*, Ernest Saunders, fora condenado, nas instâncias judiciais do Reino Unido, em cinco anos de prisão por associação criminosa (*conspiracy*) falsificação de balanço (*false accounting*), e crimes patrimoniais comuns (*thefts*), ilícitos criminais que terão tido lugar no contexto de uma aquisição (*takeover*) lançada pela *Guinness PLC* sobre a *Distillers Company*, em resposta à que fora empreendida pelo *Argyll Group PLC*. Neste caso, Sauders surgia como queixoso, alegando que a sua condenação se fundara em matéria probatória – concretamente, declarações – que ele prestara sob coerção, traduzida na cominação de desobediência, em processo de investigação administrativo aos inspectores do Ministério do Comércio e Indústria britânico. Tal violava o seu direito à não auto-incriminação, estando este implicitamente consagrado, de acordo com a jurisprudência do TEDH, no art. 6º/1 e 2 CEDH, e igualmente reconhecido pela jurisprudência do TJCE, da qual é primordial exemplo o acórdão *Orkem v. Comissão* (em detalhe, *infra*).

A contra-alegação do governo britânico defendia que só os depoimentos auto-incriminatórios estariam abrangidos pelo *nemo tenetur*, o que exclui respostas realizadas com intuito exculpatório, podendo o arguido ser confrontado, como de facto aconteceu, em audiência de julgamento com a transcrição das suas declarações. Seria, portanto, expectável que lhe fosse atribuído o ónus de rebater as provas que

contrariassem as suas próprias declarações. Mais, a prerrogativa de não auto-incriminação não é absoluta ou imutável, nem implica que nunca se permita o recurso à valoração de declarações auto-incriminatórias, documentos ou outros meios de prova obtidos mediante o exercício de poderes compulsórios, com o exemplo dos mandados de busca ou a sujeição a exames de saliva, sangue ou urina. Acrescentou, ainda, a necessidade de tutelar o interesse público na conduta das sociedades comerciais ena perseguição efectiva dos responsáveis por delitos societários (*corporate frauds*), valores que justificam a sujeição dos suspeitos a um dever de colaboração com as autoridades, podendo estas dar uso às respostas em processos penais ulteriores. O que distinguia estes delitos societários dos restantes tipos incriminadores era o facto de, frequentemente, a prova documental ser insuficiente para a perseguição penal, ou incompreensível sem a colaboração, na forma de explicações, dos envolvidos. Novo argumento incidia, também, sobre o apoio jurídico de advogados especializados com que os suspeitos, geralmente, podiam contar, sendo improvável que estes alguma vez respondessem de forma ingénua.

Em resposta, a Comissão Europeia de Direitos Humanos (ComEDH) alegou que a prerrogativa de não auto-incriminação deveria abranger todos os acusados, independentemente da natureza do ilícito. Acrescentou que os elementos fornecidos pelo arguido tinham integrado uma parte substancial da prova usada em julgamento, algo que violava o princípio do processo equitativo, juntamente com o carácter odioso da posição em que o arguido era colocado, caso fosse forçado a negar em audiência as imputações baseadas em depoimentos anteriormente prestados.

Dado o objecto da queixa, o TEDH afirmou a posição de que, embora o art. 6º CEDH não mencione expressamente o direito ao silêncio ou o direito a não contribuir directamente para a própria incriminação, estes pertencem ao núcleo da noção de processo equitativo que o referido artigo consagra, algo que se funda na inquestionável necessidade de tutelar o indivíduo contra o uso abusivo de poderes coercivos por parte da autoridades, impondo-se que a acusação seja construída sem recurso a métodos que desrespeitem a vontade da pessoa. Nestes termos, o direito é indissociável do princípio da presunção de inocência, ponto a que o TEDH acrescenta: “*The right not incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in*



*the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.*

Quanto à decisão, o TEDH concluiu que o *nemo tenetur* não se pode limitar às declarações de admissão da prática de ilícitos, tendo que abranger quaisquer depoimentos obtidos sob coerção. Isto inclui as declarações realizadas com intuito meramente exculpatório, isto é, respostas que visem justificar uma dada situação e que possam, mais tarde, ser usadas, em sede de processo penal, para contestar outras declarações do acusado ou para questionar a sua credibilidade. A decisão foi no sentido de que tinha, de facto, havido violação do art. 6º/1 CEDH. Porém, como refere Sousa Mendes (RCR nº1, p. 133), este *obiter dictum* relativo a provas existentes independentemente da vontade do acusado levaria a que este acórdão do TEDH fosse muito mais vezes citado a respeito do dever, em processo penal, de entrega de documentos ou de sujeição a exames, do que a propósito da valoração, em processo penal, de declarações anteriormente prestadas sob coerção (Sousa Mendes, RCR nº1, p. 131 ss).

Noutros casos, como Jalloh v. Alemanha – de 11 de Julho de 2006 – o TEDH concluiu que a natureza e o grau de coerção eram um elemento essencial, tendo decidido que Jalloh tinha sido submetido a um tratamento desumano e degradante.

### *Conclusões*

De relevo para o objecto do presente trabalho, podemos identificar, com base nos casos que seleccionámos e acompanhando Joana Costa (op. cit. p. 179 ss), um conjunto de critérios normativos e operativos, expressa ou implicitamente contidos na jurisprudência do TEDH.

Em primeiro lugar, o conceito de *acusado*, de acordo com o TEDH, para efeitos do art. 6º CEDH é autónomo face a conceitos análogos ou correspondentes em

vigor nos ordenamentos dos Estados contraentes. Daqui decorre que o conceito de acusado adoptado pelo TEDH é de natureza substantiva e não meramente formal. Assim, a atribuição do estatuto em causa não depende de imputação formal da prática de factos ilícitos ou da existência prévia de processo sancionatório; depende apenas de uma afectação substancial da sua posição por actos coercivos de sentido equivalente ao da suspeita. Caso não exista ainda qualquer processo em curso contra o visado, a atribuição do estatuto de acusado, ao abrigo do art. 6º CEDH, pressupõe que uma futura instauração seja *antecipável*, ficando excluídas as hipóteses em que esta é meramente *hipotética* ou *remota*.

O princípio *nemo tenetur* não proíbe, sem mais, o uso de poderes coercivos fora do contexto de procedimentos criminais, pelo que “*se os poderes coercivos para obtenção de informação são dirigidos contra a pessoa sobre a qual não recaia qualquer suspeita e relativamente à qual não preexistia da parte das autoridades a intenção de vir a sujeitá-la a julgamento , o respectivo uso poderá revelar-se compatível com o direito ao silêncio previsto no art. 6º da Convenção nos mesmos termos em que o são os pedidos de informação que, no âmbito da actividade reguladora (...), são frequentemente dirigidos aos cidadãos por motivos de saúde pública*” (Joana Costa, op. cit. p. 180).

O *nemo tenetur* está primordialmente relacionado com o respeito pela pessoa do visado em permanecer em silêncio. O seu âmbito objectivo estende-se ao uso de poderes coercivos com vista à obtenção de prova documental, mas já não inclui a utilização, em processo penal, de elementos cuja existência física seja independente da vontade do acusado: documentos apreendidos em buscas ou amostras corporais para testes de ADN, por exemplo.

Violações do direito ao silêncio incluem decisões que sancionam o visado pela recusa em prestar declarações, ou a consideração em julgamento de declarações anteriormente prestadas sob coerção. Exclui-se desta premissa eventuais juízos probatórios de inferência relativos ao silêncio do acusado, em confronto com outros meios de prova, tendo o acusado sido expressamente advertido para essa possibilidade.

Verifica-se, igualmente, uma violação do *nemo tenetur* em situações de utilização de declarações obtidas sob coerção em julgamento quando estas, embora não confessórias, sejam objecto de um aproveitamento susceptível de incriminar o acusado e tenham afectado a matéria probatória em que se fundou a acusação. Esta proibição abrange as declarações prestadas perante entidades não judiciais em momento anterior à instauração do processo penal.

A jurisprudência do TEDH estende o privilégio de não auto-incriminação à obtenção coerciva de prova documental pré-existente, isto é, prova que não carece de produção na sequência de uma diligência ou em virtude desta. O *nemo tenetur* também será aplicável nos casos em que a prova pretendida através de meios coercivos for de existência incerta e de obtenção não possível ou não intentada por outros meios. Numa acepção extremamente ampla, o *nemo tenetur* será sempre violado se o visado não puder, à partida, excluir da documentação quaisquer indícios a justificar uma acusação.

Ao nível das consequências processuais, à luz da CEDH, associadas ao recurso a meio ilícito de obtenção de prova, concretamente, quanto a saber se os efeitos da ilicitude se restringem directamente obtido, ou se são extensivos, por efeito à distância, aos elementos obtidos através do elemento proibido, o TEDH adopta uma versão mitigada, a designada teoria dos frutos da árvore envenenada: os efeitos produzidos sobre prova secundária ficam limitados aos casos em que a prova originária tenha sido obtida mediante o emprego de *tortura*.

Um aspecto importante a reter recai sobre o facto de os destinatários das decisões serem pessoas singulares, no âmbito de processos criminais em que se colocava a possibilidade de aplicação de sanções privativas da liberdade e outras de natureza penal.

No âmbito de investigações a potenciais violações ao disposto nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), um dos principais meios de recolha de prova ao dispor da Comissão é o pedido de informação às empresas. Trata-se de um instrumento fundamental e incontornável em investigações dirigidas a infracções ao Direito da concorrência da União Europeia, uma vez que, como indica Helena Martinho (*RCR* nº1, p. 146), as informações mais relevantes, no que à instrução do processo diz respeito, estarão na posse das entidades que praticaram a infracção – um raciocínio que é, de resto, extensível à protecção da concorrência a nível nacional – como se verifica nos casos de acordos de fixação de preços, em que as empresas envolvidas poderão, com toda a probabilidade, ser as únicas detentoras das informações necessárias à instrução de um processo sancionatório.

O actual Regulamento nº 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência constantes dos referidos artigos do TFUE, prevê o poder da Comissão de exigir informações e documentos às empresas, tendo, inclusivamente, reforçado os seus poderes nesta matéria face à situação anterior, enquadrada pelo Regulamento nº 17, de 1962.

Assim, nos termos do art. 18º/3 do regulamento nº 1/2003, prevê-se que *”sempre que o solicitar, mediante decisão, às empresas ou associações de empresas que prestem informações, a Comissão deve indicar o fundamento jurídico e a finalidade do pedido, especificar as informações que são necessárias e o prazo em que as informações devem ser fornecidas. Deve indicar igualmente as sanções previstas no art. 23º e indicar ou aplicar as sanções previstas no art. 24º. Deve indicar ainda a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça”*. O art. 23º/1/b) prevê as coimas aplicáveis em caso de prestação de informações inexactas, incompletas, deturpadas ou intempestivas; o art. 24º/1/d) contém sanções pecuniárias compulsivas a aplicar com o fim de compelir as empresas a cumprir os deveres de colaboração a que estão obrigadas. Estes poderes estão, como seria de esperar, limitados pelo *nemo tenetur*.

. Não havendo qualquer disposição no texto do Regulamento nº 17 que especificamente consagrasse o privilégio de não auto-incriminação, os primeiros casos em que os visados o invocaram ficaram marcados por uma situação de lacuna legal, lacuna essa que viria a ser integrada mediante o tratamento dado a esta questão pela jurisprudência dos tribunais comunitários, de acordo com os princípios gerais do Direito comunitário, as tradições constitucionais dos Estados-membros e o teor da CEDH: “*na ausência de um catálogo comunitário de direitos fundamentais, coube ao juiz comunitário, caso a caso, dependendo das circunstâncias concretas do litígio, identificar os direitos a proteger e que, por essa via, passam a fazer parte de uma espécie de carta comunitária de direitos de fonte pretoriana*” (Maria Luísa Duarte, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, p. 71, citada por Helena Martinho, *RCR* nº1, p. 148).

Faremos, agora, uma breve descrição dos acórdãos mais relevantes nesta matéria, de forma a melhor enquadrar a orientação jurisprudencial do TJUE e a relação desta com a já referida jurisprudência do TEDH.

(i) *Orkem, S. A. v. Comissão*

Talvez a decisão mais relevante, tendo-se tornado uma referência seguida por uma parte significativa da jurisprudência dos Estados-membros, este acórdão de 18 de Outubro, 1989, teve por objecto uma investigação sobre a existência de acordos ou práticas concertadas que violavam o então art. 85º/1 TCE – actual art. 101º TFUE – no sector dos termoplásticos. No decorrer da investigação, a Comissão solicitou o fornecimento de informações a um conjunto de empresas; uma destas, a Orkem, contestou o dever de responder ao pedido de informações, alegando que o dever a que estava obrigada a converteria em instrumento da sua própria incriminação, na medida em que implicava uma confissão coagida da sua culpa e a denúncia de outras empresas. Desta forma, “*a Comissão teria violado o princípio geral que consagra o direito a não testemunhar contra si próprio, que faz parte do direito comunitário enquanto princípio consagrado pelos Direitos dos Estados-membros, pela Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (...) e pelo Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e*

*Políticos, de 19 de Dezembro e 1966*”, estando, nestes termos, violados os direitos de defesa (§ 18 do Acórdão).

Face ao vácuo legislativo em matéria de direito ao silêncio, o TJUE adoptou um método de análise que aborda, em primeiro lugar, as ordens jurídicas dos Estados-membros, procurando bases de referência comum. Aqui, o Tribunal reconheceu a existência de um princípio comum que consagra o direito a não testemunhar contra si mesmo, embora reconhecesse que esse princípio perde, gradualmente, universalidade com o afastamento do âmbito do “*processo criminal clássico*” (§ 98 das Conclusões do Advogado-Geral Darmon).

De seguida, pronunciou-se sobre a aplicabilidade do art. 6º CEDH, com a conclusão de que “*não resulta do seu texto nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio*”; aqui importará, como é claro, ter presente que o primeiro acórdão do TEDH a declarar que o art. 6º CEDH também consagrava o direito ao silêncio e à não auto-incriminação – o supra descrito *Funke v. França* – apenas seria proferido quatro anos após o acórdão Orkem. De notar que o TEDH contempla a possibilidade de o art. 6º não ser, de todo, invocável em sede de delitos concorrenciais: “*No que respeita ao artigo 6º da Convenção Europeia, admitindo que possa ser invocado por uma empresa objecto de um inquérito em matéria de direito da concorrência (...)*”. O Advogado-Geral Darmon acrescenta que a existência de direitos fundamentais no direito comunitário, extraídos da CEDH, não implica a aplicação directa e imediata das suas disposições (§ 135 das Conclusões); a CEDH deverá operar apenas como referência interpretativa, podendo o TJUE adoptar uma interpretação das disposições da CEDH não necessariamente coincidente com a posição declarada pelo TEDH (§ 27 das Conclusões).

Como refere Helena Martinho (RCR nº1, p. 151), foi com base na sua própria jurisprudência – que consagra o respeito pelos direitos de defesa como um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária – e na necessidade de assegurar certos direitos de defesa desde a fase de inquérito prévio, que o Tribunal se debruçou sobre a questão fundamental do processo. Leiam-se os pontos 34 e 35 do acórdão: “*(...) se, para preservar o efeito útil dos números 2 e 3 do artigo 11º do Regulamento nº 17, a*

*Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes servir, em relação a ela ou outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anti-concorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. Deste modo, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão”.*

*In casu*, o TJUE considerou que pedidos de informação referentes a reuniões de produtores, focados em recolher elementos factuais sobre a natureza dessas reuniões e a qualidade dos participantes, tal como a entrega de documentos relacionados com essas reuniões, primeiro, e pedidos destinados a recolher informações de facto a respeito do objecto e tipos de iniciativas assumidas com o propósito de fixar e manter os níveis de preços, segundo, constituíam um uso legítimo das funções de tutela da concorrência que os Tratados atribuíam à Comissão.

Contudo, o Tribunal declarou que não eram admissíveis: (i) a questão colocada com o intuito de obter especificações sobre qualquer medida concertada que pudesse ter sido considerada ou aprovada para apoiar iniciativas em matéria de preços; (ii) a exigência de comunicação das regras de qualquer sistema ou método que permitisse a atribuição de objectivos de venda ou de quotas aos participantes; (iii) a exigência de descrição de qualquer método apto a controlar, anualmente, o cumprimento de algum sistema de objectivos, descritos em volume ou em quotas.

Segundo o Tribunal, as questões colocadas pela Comissão revelavam o intuito de *induzir* o recorrente a confessar a sua participação num acordo destinado a limitar ou a controlar as produções, e assim o mercado, ou a repartir quotas de mercado e fixar preços de venda, de modo a restringir a concorrência (Helena Martinho, RCR nº 1, p. 152) .

Em conclusão, a jurisprudência Orkem estabeleceu uma premissa geral de “fronteira” face à extensão dos poderes coercivos de investigação, em luz do primado do *nemo tenetur*. Está hoje consagrada no considerando 23 do Regulamento nº

1/2003: “A Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir informações necessárias para detectar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82º do Tratado. Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exhibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometem uma infracção”.

A “jurisprudência Orkem”, como ficou conhecida, marcou o rumo da subsequente jurisprudência comunitária. Essencialmente no mesmo sentido, seguiram-se acórdãos como *Mannesmannrohren-Werke AG v. Comissão*; *Limburgse Vinyl Maatshappij NV e outros v. Comissão*; *Aalborg Portland A/S e outros v. Comissão*; *Comissão v. SGL Carbon*. Tão recentemente como em Março de 2009, o Advogado-Geral Bot invocou esta jurisprudência, nas conclusões realizadas no contexto do caso *Erste Bank*.

(ii) *Mannesmannrohren-Werke AG v. Comissão*

. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI), de 20 de Fevereiro de 2001, destaca-se pelo facto de ter sido proferido em momento posterior à decisão *Funke v. França*, ou seja, após o reconhecimento por parte do TEDH de que o âmbito do art. 6º CEDH abrangia o direito ao silêncio e à não auto-incriminação.

Num caso que envolvia empresas fabricantes de tubos de aço, o TPI estabeleceu, desde logo, que “*não tem competência para apreciar a legalidade de um inquérito em matéria de direito da concorrência à luz das disposições da CEDH, na medida em que estas não fazem parte, enquanto tais, do direito comunitário*” (§59 do acórdão).

Resumidamente, o TPI decidiu sobre o mérito da causa com base nos princípios e direitos reconhecidos pelo direito comunitário – e não à luz da CEDH e da jurisprudência do TEDH – tendo entendido que tais princípios e direitos conferem,



no domínio da concorrência, uma protecção equivalente à do art. 6º CEDH.

O Tribunal confirmou a “jurisprudência Orkem”, reiterando que os destinatários do dever de colaboração têm o direito de limitar o escopo das suas respostas a elementos meramente factuais e a fornecer os correspondentes documentos e peças pré-existentes.

Esta decisão introduz, todavia, duas inovações face à “jurisprudência Orkem”:

- (i) referencia o conceito de documento pré-existente;
- (ii) justifica a pré-existência enquanto característica apta a assegurar a admissibilidade do pedido, não violando, por isso, os direitos de defesa ou o direito a um processo equitativo, com base na ideia de que o destinatário pode sempre contestar, em qualquer fase processual, o valor ou significado que a acusação pretende imputar aos documentos em causa.

(iii) *Lymburgse Vinyl v. Comissão*

Neste acórdão de 15 de Outubro de 2002, o TJUE, perante uma controvérsia relativa à admissibilidade do uso de informações coercivamente obtidas, refere novamente a “jurisprudência Orkem”, acrescentando que a protecção do direito de uma empresa a não prestar declarações de teor auto-inculpatório “*implica, em caso de contestação sobre o alcance de uma pergunta, que se verifique se uma dada resposta do destinatário equivale efectivamente à confissão de uma infracção, de modo a haver ofensa do direito de defesa*” (§273 do acórdão). Ou seja, o Tribunal afirma que qualquer violação dos direitos de defesa terá ser avaliada caso a caso, em concreto, de modo a aferir a existência de declarações equivalentes a uma confissão, coercivamente imposta ao acusado.

Este acórdão realça que a interpretação dos direitos fundamentais de Direito comunitário deverá ser ponderada à luz da jurisprudência do TEDH, com o TJUE a indicar os pontos em comum entre a “jurisprudência Orkem” e a jurisprudência do TEDH: (i) a exigência de coerção – a ameaça punitiva em que se traduz a possível aplicação de uma coima ou de sanção pecuniária compulsória em caso de incumprimento do dever de colaboração – sobre o acusado; (ii) a verificação de uma ofensa substancial do direito ao silêncio e à não auto-incriminação.

Debruçando-se sobre o primeiro destes dois pontos, concluiu o Tribunal que: (i) a mera existência de um poder de coerção não permite inferir que tal poder tenha sido, de facto, exercido; (ii) a resposta voluntária do destinatário de um dever de colaboração exclui a hipótese de violação de direitos de defesa. Quanto ao segundo: (i) em caso de dúvida sobre o alcance de uma pergunta, deverá avaliar-se, em concreto, se a resposta dada equivale à confissão da prática de uma infracção; (ii) se as empresas recusarem responder às perguntas ou negarem os factos que formam o objecto do interrogatório, não há violação do direito ao silêncio e à não auto-incriminação; mesmo que as perguntas não sejam admissíveis – por tentarem induzir o visado a confessar uma infracção – a legalidade da decisão condenatória da Comissão apenas será afectada caso se demonstre que as respostas são de sentido equivalente a uma confissão, e que a Comissão se aproveitou dessas respostas a fim de justificar a condenação.

### *Conclusões*

Uma adesão consistente à linhas gerais ditadas pela “jurisprudência Orkem” permite-nos concluir que o TJUE reconhece que as empresas investigadas têm o dever de colaborar activamente com a Comissão, estando obrigadas a entregar os documentos aptos a demonstrar a prática de um infracção, e a responder às perguntas colocadas, independentemente do eventual aproveitamento probatório por parte da Comissão. A aplicação do princípio *nemo tenetur*, todavia, admite que este dever seja excepcionado nos casos em que as repostas sejam materialmente equivalentes a uma confissão da prática dos factos que substanciam uma infracção.

Seguindo a sistematização de Helena Martinho (*RCR* nº 1, p. 164), a jurisprudência comunitária poderá ser descrita de acordo com os seguintes pontos: (i) o *nemo tenetur* não permite a recusa da entrega de documentos pré-constituídos – aqueles que já existiam em momento anterior ao pedido da Comissão – sem qualquer distinção quanto ao tipo ou natureza do documento; (ii) não permite, igualmente, a recusa em prestar informações factuais, sejam explicações de documentos ou o fornecimento de outras informações requeridas; (iii) permite, por outro lado, a recusa de respostas a questões que impliquem a admissão directa – uma confissão – de uma infracção ao Direito da concorrência.

Não haverá qualquer violação do *nemo tenetur se* (iv) a resposta às questões da Comissão for voluntária; (v) se existir uma recusa de resposta às questões da Comissão; e (vi) se forem negados os factos objecto de indagação.

A isto soma-se um conjunto de requisitos substantivos, em virtude dos quais se poderá aferir a verificação de uma ofensa efectiva do direito: (vii) caso se conteste o alcance de uma pergunta, impõe-se uma avaliação, segundo um juízo de prognose, da possibilidade de a resposta corresponder a uma confissão; (viii) mesmo que as perguntas não sejam admissíveis, a legalidade da decisão final condenatória da Comissão apenas será afectada se ficar demonstrado que as respostas dadas equivalem a confissões, e que estas confissões conformaram a decisão final.

Daqui se retira que os pedidos de colaboração da Comissão estão submetidos a limites, tanto no seu alcance como na imposição legal de requisitos formais que conformam a natureza do pedido. O art. 18º/3 do Regulamento nº 1/2003 postula que as diligências da Comissão devem indicar o fundamento jurídico, a finalidade do pedido e especificar as informações necessárias – uma solução que hoje encontra paralelos no actual art. 31º/5 RJC. Mais ainda, em caso de suspeita, o pedido deverá incluir, com razoável determinação, a infracção em causa, o que só poderá ocorrer se a Comissão antecipar que o elemento requerido poderá contribuir para o conhecimento dos factos. Em suma, os pedidos de colaboração da Comissão estão submetidos a um ónus de *especificação e concretização* (Helena Martinho, op. cit. p. 165), devendo, de igual forma, evitar questões que induzam o destinatário do dever a confessar a infracção: nestes casos, em concreto, as empresas investigadas terão o direito de recusar-se a responder.

### *Relação entre a jurisprudência comunitária e a do TEDH*

A questão central que se coloca ao analisar estas linhas jurisprudenciais é a que se prende com a validade da jurisprudência Orkem quando confrontada com as posteriores decisões do TEDH. No caso Orkem, o TJUE reconheceu que a Comissão tem o poder de exigir o fornecimento de documentos às empresas investigadas, assim como requerer respostas a pedidos de esclarecimento, desde que de natureza

estritamente factual e não directamente incriminatórias. Em sentido aparentemente diverso, o TEDH admitia o uso de poderes para obtenção de documentos pré-existent sem, todavia, aceitar o aproveitamento em juízo de quaisquer respostas prestadas durante a investigação. Autores como Van Overbeek (“The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the Court of Human Rights makes revision of the ECJ’s case law necessary” in *European Competition Law Review*, 3, p. 127 ss, 1994), Willis e Wessing (“The privilege against self-incrimination in competition investigations” in *University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Guest lecture programme*, 27 de Janeiro de 2006), defendem que, em luz das decisões do TEDH, a jurisprudência do TJUE deveria ser revista, dada a incompatibilidade da decisão Orkem com a interpretação daquele Tribunal relativamente ao art. 6º CEDH.

Helena Martinho (op. cit. p. 166), numa posição que acompanhamos, discorda da ideia de que a jurisprudência Orkem careceria de revisão, desde logo, porque o próprio TEDH reconhece que o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não é um direito absoluto, admitindo restrições quando confrontado com outros interesses, também estes objecto de tutela jurídica: importa apenas que se preserve o núcleo essencial do nemo tenetur. Esta conclusão é, em tudo, semelhante à da jurisprudência comunitária. Outro ponto a considerar é o carácter casuístico da jurisprudência do TEDH, copulado com facto de as decisões terem incidido sobre processos em que os acusados eram pessoas singulares, havendo, por isso, a possibilidade de aplicação de sanções privativas da liberdade ou outras de tipo criminal.

Sousa Mendes (op. cit. p. 137) defende que a divisão entre pessoas singulares e colectivas, nisto acompanhando Silva Dias e Costa Ramos (op. cit. p. 42), não se justifica, ao contrário do que a jurisprudência do TEDH poderia sugerir, na medida em o RJC impõe um dever legal de colaboração às empresas e aos seus representantes legais, assim como a quaisquer outras pessoas cuja colaboração seja julgada pertinente. A isto se soma que, no domínio do Direito da concorrência, as empresas poderão ser corporizadas por uma pessoa colectiva ou por uma pessoa singular que prossegue autonomamente uma actividade económica de forma estável no tempo.

Aqui, Helena Martinho (op. cit. p. 167) aponta que, em muitos dos casos analisados pelo TEDH, a coerção utilizada pelas autoridades era de “*ordem, natureza e intensidade*” completamente diferentes das diligências coercivas de que a Comissão se poderia valer em processos sancionatórios da concorrência. Refere a Autora que a aplicação de coimas e sanções pecuniárias contrasta com a aplicação de penas de prisão, ou com meios de obtenção de prova que o TEDH considerou, como referido, desumanos e degradantes. Citando Wils: “*Não parece óbvio que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem garantiria a mesma amplitude de protecção sob o direito à não auto-incriminação a pessoas jurídicas em procedimentos como os do Regulamento nº 17 ou do Regulamento nº 1/2003, na medida em que esses procedimentos apenas podem conduzir à imposição de coimas a pessoas jurídicas*” (“The Privilege Against Self-Incrimination: In Search of Legal Certainty”, in *European Human Rights Law Review*, Issue 4, p. 12).

Concordamos com Sousa Mendes, Silva Dias e Costa Ramos quando apontam a desnecessidade de distinguir, para fins de direito sancionatório da concorrência, entre pessoas singulares e colectivas: uma pessoa singular é apta a actuar como um operador de mercado autónomo, assumindo a qualidade de empresa, e sendo, por isso, tão capaz de afectar a situação de concorrência como uma pessoa colectiva.

Isto sem desconsiderar que a natureza não criminal dos processos por violação do Direito da concorrência, conjugada com o facto de estarmos perante um domínio de actividade não absolutamente livre e regulado, nos leva a concluir que o objecto das decisões do TEDH não contempla as particularidades abordadas, por exemplo, no caso *Orkem*; o *nemo tenetur* não pode ser ponderado, no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, nos mesmos termos quando, por um lado, se equaciona a aplicação de uma coima, e, por outro, existe a possibilidade de se aplicar medidas tão gravosas como a privação de liberdade. Por estas razões, com Helena Martinho (op. cit. p. 172), defendemos que a jurisprudência comunitária permanece válida em luz da jurisprudência do TEDH. A designada jurisprudência *Orkem* constitui uma solução de compromisso que salvaguarda o núcleo essencial do *nemo tenetur*, sem prejudicar o efeito útil dos poderes de investigação da Comissão.

Discordando desta análise, Diana Alfafar (*RCR* nº 11/12, p. 355 ss) entende que excluir a prestação de informações estritamente factuais ou documentos pré-existentes do âmbito do *nemo tenetur* levar-nos-ia à conclusão de que apenas uma informação, ou documento, que “*acuse inequivocamente a prática de uma infracção*” poderia ser considerado auto-inculpador. Isto seria contrário à jurisprudência do TEDH, que no caso Saunders, como vimos, admitiu a possibilidade de considerar como auto-inculpadores elementos – aparentemente inócuos – que sejam utilizados com o propósito de criar dúvidas sobre a credibilidade do acusado quando confrontados com outras declarações. Ou seja, não seria admissível assumir que apenas confissões directas e inequívocas possam ser consideradas auto-inculpadoras: informações puramente factuais, ou de documentos pré-existentes, individualmente inaptos a demonstrar a culpa do agente, podem, quando recolhidos ao longo do tempo e considerados no seu conjunto, deter um significado tão auto-incriminador como uma confissão coercivamente imposta. Isto equivaleria a dizer que a actuação da autoridade administrativa estaria apenas, em termos práticos, impedida de perguntar directamente ao visado se este cometera uma infracção ou se tivera consciência de que estava a restringir a concorrência.

#### *A Jurisprudência nacional – Tribunal de Comércio de Lisboa*

Começando pela jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL), podemos destacar quatro acórdãos com especial relevo nesta matéria: o de 28 e Julho de 2006, processo nº 261/06.1TYLSB (confirmado pelo acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Março de 2007, processo nº 172/07.9), o de 8 de Maio de 2007, processo nº 205/06.0TYLSB, o de 10 de Agosto de 2007, processo nº 1050/06.9TYLSB (confirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 25 de Novembro de 2008, processo nº 6057/08-5), e o de 8 de Abril de 2008, processo nº 350/08.8TYLSB.

Nos três primeiros, o TCL decidiu que as normas constantes do RJC, em matéria de colaboração coercivamente imposta, não violavam o princípio *nemo tenetur*, com a ressalva de que os elementos solicitados pela AdC não impliquem uma admissão explícita da prática dos ilícitos imputados. Nestes termos, o TCL exclui a

aplicação subsidiária do actual art. 61º/1/d) CPP, uma vez que existem normas expressas no RJC que contrariam o disposto no CPP.

Sustenta o TCL que a AdC pode solicitar declarações ou entrega de documentos ao abrigo dos seus poderes de supervisão e sancionatórios, poder que, reflexamente, se traduz num dever de colaboração a que os agentes económicos estão vinculados, de modo a executar, em pleno, as atribuições que o art. 8º dos Estatutos lhe atribui. Reconhece a aplicabilidade directa do *nemo tenetur* aos processos sancionatórios, enquanto decorrência da sua consagração constitucional implícita, embora com uma amplitude diversa daquela que se verifica em processo em penal, dada a diferente natureza dos ilícitos.

O TCL recorre a um juízo de ponderação entre o *nemo tenetur*, com a amplitude que lhe é reconhecida em processo penal, e os deveres de colaboração que o RJC postula, para concluir que a previsão de tais deveres não prejudica o *núcleo essencial* do referido princípio. Esta ponderação, assim, admite o fornecimento coercivo de documentos pré-existentes e dos designados *puros elementos de facto*, ainda que o aproveitamento probatório destes elementos resulte na inculpação do visado. Soma-se que a garantia do exercício de direitos de defesa em momento ulterior e a possibilidade de impugnação judicial – de plena jurisdição – viabilizam a demonstração, por parte do visado, de que os elementos fornecidos, no contexto de um dever de colaboração, são susceptíveis de interpretação diversa quanto ao seu significado, estando, por esta via, garantido o contraditório e a igualdade de armas.

Tal ponderação tem por objecto uma garantia fundamental consagrada no art. 32º CRP, por um lado, e a defesa da concorrência, enquanto pressuposto e condição de funcionamento de um sistema de livre economia de mercado, por outro. Este último valor sustenta-se numa tarefa constitucionalmente consagrada (8º/a) e 81º/f)), tarefa que é instrumental à preservação das estruturas concorrenciais de mercado e, nessa medida, uma garantia da igualdade de oportunidades que subjaz ao direito fundamental económico de livre iniciativa privada (61º/1 CRP) – um direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias.

Em suma, embora o princípio da presunção de inocência, em que se funda – na opinião do TCL – o *nemo tenetur*, seja instrumental da liberdade e segurança, a defesa da concorrência é instrumental da livre iniciativa económica privada. A protecção desta justifica, no quadro de uma ponderação segundo critérios de concordância prática, uma limitação ao privilégio de não auto-incriminação (Costa Ramos, RCR nº 1, p. 183).

Nestes termos, como realça Costa Ramos (RCR nº 1, p. 182), o TCL segue, no essencial, a já mencionada ”jurisprudência Orkem” do TJUE, destacando que a constitucionalidade e conformidade das restrições ao *nemo tenetur* é admissível à luz da CEDH, em consonância com a posição assumida pelo TEDH no acórdão *Saunders*.

No processo nº 350/08.8TYLSB, concluiu-se que o direito ao silêncio tem apenas a amplitude constante do art. 61º/1/c), isto é, o arguido tem somente o direito de não responder a perguntas que incidam sobre os factos que lhe sejam imputados, excluindo-se do âmbito do direito a entrega de documentos – posição coincidente com a de Costa Pinto. A existência deste dever de colaboração é, igualmente, admissível em virtude de uma previsão legal prévia e expressa – uma posição próxima do defendido por Figueiredo Dias e Costa Andrade (op. cit).

#### *A jurisprudência do Tribunal Constitucional*

No Acórdão nº 461/2011, de 11 de Outubro de 2011, ainda na vigência do anterior RJC (Lei nº 18/2003), o TC analisou a inconstitucionalidade normativa resultante da “(...) *interpretação conjugada dos artigos 17º/1/a), 18º e 43º/3 da Lei nº 18/2003, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos à Autoridade da Concorrência*”. Estava em causa uma violação do disposto nos art. 1º, 2º, 20º/4, 32º/1, 2, 8 e 10 CRP.

O TC confirmou que “*o direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente do direito ao silêncio, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público*”, com a ressalva de que “*no âmbito contra-ordenacional – dada a diferente natureza do ilícito de mera ordenação social e a sua menor ressonância*



*ética, comparativamente com o ilícito criminal – o peso do regime garantístico é menor (...)*”.

Concluiu-se pela não inconstitucionalidade da interpretação normativa sob análise, centrada no art. 18º da Lei nº 18/2003, antecessor do actual art. 15º RJC, decisão em que se destacam os seguintes fundamentos: (i) *“a obrigação de prestar informações e entregar documentos, à Autoridade da Concorrência, como entidade reguladora – fortalecida pela cominação de coima – surge como condição de eficácia de eficácia da efectiva salvaguarda do princípio da concorrência, constitucionalmente protegido, designadamente em decorrência da alínea f) do artigo 81º da Lei Fundamental (...) – num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para a fiscalização, verificação e sancionamento da existência de comportamentos infraccionais”*; (ii) *“a compressão do conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, exercida pela protecção constitucional do princípio da concorrência, implica que o domínio da abrangência de tal direito não abarque, assim, a possibilidade do arguido, processo contraordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objectiva desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório”*; (iii) *“(...) os deveres de colaboração, plasmados na lei, em ordem a conferir protecção efectiva aos interesses, constitucionalmente valiosos, da concorrência e do funcionamento equilibrado dos mercados – estruturantes do Estado de direito democrático – comprimem o conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação, no âmbito contraordenacional em análise, mas deixam intocado o seu conteúdo útil essencial, funcionalmente operante, na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade auto-incriminatória”*.

O Acórdão nº 461/2011 termina com a decisão de *“julgar não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17º/1/a), 18º e 43º/3 da Lei nº 18/2003, no sentido de obrigar o arguido, em processo contraordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência”*.

O acórdão nº 340/2013 manteria o entendimento de que a existência de deveres de colaboração, dos quais possa resultar um contributo auto-incriminatório activo, não constitui, per se, uma violação de garantias processuais. A restrição operada sobre o *nemo tenetur, in casu* perante acções inspectivas empreendidas pela Autoridade Tributária, será juridicamente admissível à luz de uma ponderação dos valores em confronto – concordância prática – realizada nos termos do art. 18º/2 CRP. Daqui se retiram requisitos de legalidade – traduzidos na exigência de uma restrição constante de lei prévia e expressa, com carácter geral e abstracto – de proporcionalidade, adequação e necessidade. Neste acórdão concluiu-se que “*tais restrições estão previstas no quadro das funções exercidas pela administração tributária destinadas ao apuramento da situação tributária dos contribuintes, sendo que não se poderá deixar de reconhecer a importância e necessidade dessa fiscalização, sendo imprescindível quer a imposição de deveres de cooperação aos contribuintes, quer a possibilidade de da posterior utilização dos elementos recolhidos e, processo penal desencadeado pela verificação de indícios de infracção criminal (...) (N)o domínio tributário, a imposição de deveres de cooperação é não só perfeitamente justificada, como dificilmente prescindível*”. Ou seja, o que anteriormente se disse a respeito da tutela da concorrência enquanto valor atendível face a uma eventual restrição do *nemo tenetur* é aqui substituído pelos valores relacionados com a protecção e efectivo funcionamento do sistema fiscal, ficando o *nemo tenetur*, também aqui, restringido ao seu núcleo essencial. O acórdão também acrescenta, citando Costa Pinto, que “*como a aplicação duma sanção penal exige prova da prática do ilícito imputado ao arguido, a inutilização dos elementos recolhidos durante a inspecção tributária conduziria a uma **quase certa imunidade penal** (sombreado nosso), como resultado da colaboração verificada na fase inspectiva*”. A decisão final, portanto, foi no sentido de admitir o aproveitamento probatório dos elementos recolhidos ao abrigo de deveres de colaboração em posterior processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte.

. Por fim, no acórdão nº 360/2016, o TC pronunciou-se sobre as restrições impostas ao *nemo tenetur* pela figura das averiguações preliminares, enquanto instrumento de supervisão ao dispor da CMVM, tendo concluído, em termos semelhantes aos dos anteriores acórdãos, que a restrição em cause é legítima, na

medida em que resulta, igualmente, de uma ponderação com outros valores de dignidade constitucional, *in casu* a tutela do bom funcionamento dos mercados financeiros.

Uma última nota para jurisprudência constitucional espanhola. Esta afirma que a interdição da compulsão de testemunho contra si próprio – que em Espanha tem consagração expressa e autónoma no art. 24º/2 da Constituição, não se limitando a ser uma mera consequência de um princípio constitucional – abrange apenas: *“declaraciones que exterioricen un contenido de voluntad admitiendo la culpabilidad del que la emite y no puede impedir el deber de colaborar del sujeto inculcado para que seja objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una especial colaboración no equiparable a la declaración, o la exhibición de documentos contables o, bien, pura y simplemente, el suministro de información; en esto sentido se manifiestan las sentencias del TC 76/1990, de 26 abril, y 110/1984, de 26 noviembre”* (sentença da Audiência Nacional, de 22 de Outubro de 1998).

## As soluções apresentadas pela doutrina

Perante esta situação de aparente conflito entre uma garantia processual aplicável, por força de disposições constitucionais, a todo o direito público sancionatório, por um lado, e um dever legalmente imposto de colaboração, fundado em necessidades incontornáveis de eficiência da actividade estadual relativamente à plena realização de uma incumbência – também ela – constitucionalmente consagrada, por outro, destacam-se três correntes doutrinárias. Estas pretendem solucionar, em termos conceptuais, o confronto em causa, para, deste modo, responder à *magna questio* de determinar a admissibilidade do uso probatório de elementos recolhidos ao abrigo do referido dever de colaboração: i) a tese de **compatibilidade** entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*; ii) a tese da **restrição legítima** do *nemo tenetur*; iii) a tese da **concepção minimalista** do direito ao silêncio.

### *(i) Tese de compatibilidade*

Esta posição foi adoptada na decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa de 11 de Janeiro de 2008. É, no essencial, sustentada por Silva Dias e Costa Ramos.

O privilégio contra a auto-inculpação é, aqui, entendido em termos amplos, na medida em que os Autores não restringem o âmbito objectivo da garantia às declarações orais, estendendo-o a todos os actos comunicativos, em qualquer forma de colaboração: “*expressão oral, escrita e gestual são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-incriminação*” (*O Direito à não Auto-inculpação*, p. 21) A compatibilidade defendida pelos Autores reside na ideia de a simples existência de deveres de colaboração não prejudica *per se* o *nemo tenetur*, com estes deveres a valerem irrestritamente na fase de supervisão, ou seja, em momento prévio à existência de um processo sancionatório que, de resto, se configura

como meramente eventual. Antes de um processo sancionatório, o *nemo tenetur* não será invocável; já com o início da fase sancionatória, os deveres deverão ceder quando constituírem para o visado um comportamento auto-inculpatório. Nesta medida, o cumprimento dos deveres de colaboração apenas se confrontará com o *nemo tenetur* se a autoridade reguladora, no normal exercício dos seus poderes de supervisão e fiscalização, ocultar a existência prévia de uma suspeita contra o visado e, por esta via, coagir o destinatário do dever a instruir um futuro processo contra-ordenacional contra si próprio. O suspeito seria, assim, transformado em figura central da sua própria condenação. Como refere Silva Dias, “*o conflito com o direito à não auto-inculpação só emerge quando a entidade supervisora, num cenário de concentração de poderes, se serve dos seus poderes de fiscalização e se serve dos deveres de cooperação do particular para, à sua custa, instruir o processo contra-ordenacional e proferir uma decisão condenatória*” (RCR nº1, p. 250 ss).

Nestes termos, um possível confronto com o *nemo tenetur* nunca resultaria da própria opção do legislador em integrar competências supervisoras e sancionatórias na mesma entidade, ou da previsão legal de deveres de colaboração: o problema centra-se, antes, no *modus operandi* da entidade supervisora, isto é, do uso ou gestão dos poderes que lhe estão atribuídos. A instrumentalização do suspeito, estando este legalmente impedido de resistir, sob pena coima, constituiria uma lesão grave do princípio do processo equitativo, da presunção de inocência e das mais elementares garantias de defesa, tratando-se de uma “*prática desleal que condena ao fracasso qualquer tentativa de defesa ulterior e, por isso, choca com o modelo acusatório e com princípio do Estado de Direito*” (op. cit. p. 251).

De acordo com o exposto, o ponto central desta posição consiste no comportamento de lisura e lealdade processual que a entidade supervisora deve adoptar a partir do *momento em surge a suspeita* do cometimento de uma infracção às regras da concorrência. Logo que surja, a autoridade administrativa, ao requerer informações ou documentos ao destinatário do dever de colaboração, deverá também, em simultâneo, comunicar-lhe a sua imediata constituição de arguido em processo contra-ordenacional, nos termos do art. 58º/1/a) CPP, *ex vi* art. 41º/1 RGIMOS e 13º/1 RJC, dando-se a assumpção dos direitos e deveres previstos nos art. 60º e 61º CPP.

Mais ainda, se a constituição de arguido não ocorrer por iniciativa da autoridade administrativa, o suspeito poderá requerê-la segundo o art. 59º/2 CPP.

Ambos os Autores submetem a resolução deste problema ao critério de ponderação ou concordância prática, concepção de Dworkin e Alexy geralmente acolhida pela doutrina nacional, plasmado no art. 18º/2 CRP. Costa Ramos (*RCR* nº 1, p. 191 ss), em particular, argumenta que a defesa da concorrência, tarefa constitucionalmente atribuída ao Estado (art. 81º/1/f) CRP) e entendida como instrumental da liberdade de iniciativa económica (art. 61º/1 CRP), não se encontra em paridade valorativa com o *nemo tenetur*, sendo este um princípio com natureza de direito, liberdade e garantia. Assim, ao limitarmos o âmbito do *nemo tenetur*, por exemplo, às declarações orais de carácter auto-inculpador, estaríamos a afectar o núcleo essencial de um direito fundamental com base numa ponderação deste face a uma tarefa constitucionalmente cometida ao Estado. Tal seria inaceitável, impondo-se a conclusão de que, de acordo com a referida doutrina de concordância prática – segundo a qual, caso não exista alternativa, é possível sacrificar o princípio menor – a defesa da concorrência deveria ceder perante uma valor superior. Acrescenta, para suportar esta perspectiva, que o TEDH, até ao acórdão *O’Halloran and Francis c. Reino Unido*, sempre defendeu a inadmissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* justificadas pela necessidade de garantir a eficácia da prossecução penal *qua tale*.

Silva Dias admite uma verdadeira ponderação, nos termos do art. 18/2 CRP, mas conclui que a única forma de preservar o núcleo essencial do *nemo tenetur*, de *iure constituto*, passa pela constituição de arguido (*RCR*, nº 1, p. 252).

Daqui resultam consequências importantes no que ao aproveitamento probatório dos elementos recolhidos na supervisão diz respeito. Advoga Silva Dias (*RCR* nº1, p. 259) que, perante casos de “*aniquilação do direito à não auto-inculpação*”, isto é, casos em que não foi operada a constituição de arguido – não obstante a existência prévia de suspeita – estão verificadas duas invalidades processuais. Partindo do princípio que o processo contra-ordenacional tem início no momento em surge uma suspeita, a não constituição de arguido invalida todos os elementos probatórios fornecidos pelo suspeito. O Autor invoca o défice de

informação no trato com a autoridade administrativa, um ponto que hoje, com a entrada em vigor do novo RJC, está ultrapassado, dada a previsão do art. 31º/5 RJC.

Prossegue Silva Dias que os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias são de aplicação imediata, vinculam entidades públicas e privadas – art. 18º/1 CRP – e que a sua violação, activa ou omissiva, inquina de nulidade todos os elementos fornecidos nestas condições – com referência à anotação de Miranda e Medeiros (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2005, art. 18º, VIII), segundo a qual “*são nulos e não anuláveis (portanto não sanáveis e impugnáveis a todo o tempo) os actos administrativos ofensivos do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias*” – pelo que, diz Silva Dias, “*todos os documentos e informações fornecidos pelo suspeito ao longo do processo da investigação e instrução do processo contra-ordenacional e usados posteriormente como prova contra si, são nulos e não podem ser usados como meio de prova, por violação dos números 8 e 10 do art. 32º da CRP*” (op. cit. p. 260).

Outra nulidade, complementar da agora descrita, atinge a própria decisão condenatória na parte que se baseia em prova proibida. Avança o Autor, inclusivamente, com a possibilidade de estarmos perante um meio enganoso, correspondendo a uma prática geradora de nulidade e da proibição de prova previstas no art. 126º/2/a) CPP, que seria aplicável ao caso por via do art. 41º/1 RGIMOS.

Isto sem prejuízo de se admitir o produto de uma colaboração voluntária e esclarecida, realizada sob condição de se comunicar antecipadamente ao visado a possibilidade de aproveitamento probatório dos elementos fornecidos, se deles resultar a revelação de factos inculpatórios. O visado poderá, então, recusar a colaboração caso antecipe esse aproveitamento. Defendem os Autores (op. cit. p. 77) que esta comunicação antecipada decorre do direito fundamental de cada cidadão a não contribuir para a sua incriminação e equivale à comunicação que deve ser dirigida à testemunha em processo penal – 132º/2 CPP. Estaria aqui em causa uma aplicação subsidiária do art. 58º/5 CPP, nos termos dos art. 41º/1 RGIMOS e 19º do antigo RJC. Sugerem os Autores que esta comunicação tenha como referência a fórmula adoptada pelo célebre *Miranda Warning* (ver *v. Earl Warren, SJ 12 (1998)*, p. 103 ss), ou seja, algo como: “*Fica, por este meio, notificado, nos termos dos artigos..., que deve*

*fornecer os seguintes elementos:..., sob pena de punição a título de... A obrigação de entrega cessa se da mesma decorrer a revelação de qualquer facto passível de punição como crime ou contra-ordenação, devendo, neste caso, ser requerida a constituição de arguido, que dará lugar à instauração do competente procedimento. Fica ainda informado de que, procedendo à entrega dos elementos solicitados, poderão estes ser utilizados contra si em processo de natureza contra-ordenacional ou penal”.* Podemos dizer que este último ponto ficou, de certa forma, contemplado no art. 31º/5 do novo RJC.

Cumulada com a constituição antecipada de visado, Silva Dias e Costa Ramos sugerem (op. cit. p. 54 e 55), para salvaguarda do *nemo tenetur*, a previsão de uma regra segundo a qual os elementos obtidos através da colaboração coerciva dos particulares nunca possam fundamentar, exclusiva ou predominantemente, a decisão condenatória: tratar-se-ia de uma regra semelhante à já prevista no art. 19º/2 da Lei nº 93/99, de 14 de Julho (Lei de protecção de testemunhas no processo penal), no contexto da reserva de conhecimento da identidade da testemunha.

Outros Autores como Diana Alfafar (RCR nº 11/12, p. 358 ss) subscrevem a solução preconizada por Silva Dias e Costa Ramos: também esta Autora defende que, em abstracto, não existe um conflito insanável entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*. O conflito, meramente potencial, apenas surgirá por força de um *modus operandi* abusivo, adoptado pela AdC, caso esta se sinta tentada a protelar artificialmente a fase de supervisão – fase em que, segundo a Autora, o *nemo tenetur* não será invocável, uma vez em que ainda não existe processo algum – com o propósito de converter o futuro visado em instrutor do seu próprio processo. O supervisionado deverá, então, ser constituído visado no momento em que surge a suspeita; o contrário corresponderia a uma violação do art. 32º/8 e 10 CRP e inutilizaria os direitos de audição e defesa previstos no art. 50º RGIMOS, sendo uma nulidade processual que afecta todos os elementos probatórios fornecidos pelo suspeito desde o momento em que tal suspeita surgiu. Aprova, igualmente, a solução de criar uma regra semelhante à do art. 19º/2 da Lei de protecção de testemunhas, referindo que, considerada a inevitabilidade da comunicação de prova entre os dois procedimentos, esta solução seria a que melhor acautela os direitos do defesa do visado: *“Permite à AdC efectivamente utilizar as provas que recolheu ao abrigo dos*



*poderes de supervisão – aceitar outro entendimento seria vender os olhos para a realidade – , contudo, antes de o fazer, terá de comunicar ao suspeito que corre contra si um inquérito, e constituí-lo visado, logo após surgirem indícios da prática de uma infracção e no momento em que a AdC solicite mais elementos de prova. Tais elementos não serão suficientes para sustentar uma condenação. A AdC terá que utilizar as suas prerrogativas de instrução para recolher os elementos da prova que lhe faltem por forma a que o visado não seja o único instrumento da sua própria condenação”.*

Outros, como Angélica Rodrigues da Silveira (RCR nº 23/24, p. 289) e Catarina Couto Ferreira (“Confluência na CMVM de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios: factor de tensão entre o dever de colaboração e o direito ao silêncio”, in *Investigação Criminal*, Lisboa, nº 5, Maio, 2013, p. 209 ss) também apoiam a ideia de que o início do processo contra-ordenacional tem lugar, não aquando da dedução formal da acusação, mas deverá coincidir com a aquisição da notícia do ilícito, sendo esta necessariamente anterior àquela. O suspeito já ocupará a posição material de visado, com todos os direitos que lhe são inerentes, independentemente da aquisição formal desse estatuto. Na mesma linha, advogam que o âmbito de protecção do *nemo tenetur* não se deve limitar às declarações orais, já que a obtenção coerciva de documentos, ou outros meios de prova, é igualmente invasiva, e com um contributo ainda mais decisivo para uma eventual condenação. Nestes termos, transferir, em exclusivo, para a fase sancionatória a possibilidade de recusar respostas a perguntas potencialmente inculpadoras corresponde a uma verdadeira preterição do direito ao silêncio e à não auto-inculpação.

Posto isto, acompanhamos Helena Bolina (RCR nº 11/12, p. 405 ss) quando esta refere que a posição acima descrita não traduz, verdadeiramente, qualquer conciliação ou ponderação entre o *nemo tenetur* e as necessidades de tutela sectorial – na prática, o aqui se sugere é a vigência irrestrita e ilimitada do privilégio de não auto-inculpação no âmbito de toda a actuação da autoridade administrativa. Se aceitarmos o entendimento de que o dever de colaboração apenas vale perante o exercício de poderes de supervisão – uma vez que, em processo sancionatório, o *nemo tenetur* vigora irrestritamente –, e que os elementos obtidos por esta via, por auto-

inculpadores, são insusceptíveis de utilização em fase sancionatória, não se vislumbra uma verdadeira restrição ao princípio *nemo tenetur*.

Há, certamente, mérito em exigir, da parte das autoridades administrativas, um comportamento leal face às entidades reguladas, em acautelar usos abusivos dos poderes em causa, com claro prejuízo para os particulares em matéria de garantias processuais. Todavia, ao tomar como referência o momento em que a AdC desenvolve uma suspeita de prática de um ilícito contra-ordenacional, estamos a transportar a questão para o domínio psicológico – à partida, insondável – dos responsáveis pela investigação. Deixamos a pergunta: a que métodos poderíamos recorrer para delimitar no tempo, de forma objectiva, o surgimento de uma suspeita, a fim de conseguirmos concluir que, entre a diligência A e a diligência B, a AdC teve notícia de um ilícito, sendo a B o resultado de um uso abusivo dos poderes de supervisão, empreendida com o único objectivo de converter o particular em instrutor do seu próprio processo? Silva Dias e Costa Ramos nunca abordam esta questão. Poderíamos especular que, talvez, a diligência B comportasse um pedido de colaboração que fosse “além do normal”. Aí, porém, teríamos que dispor de uma noção muito precisa daquilo que constitui a “actividade normal” de supervisão: teríamos, quiçá, que escrutinar, ao longo de vários relatórios anuais de actividade, a existência de padrões de actuação, algo que, em última análise, não seria útil, dada a natureza, objecto e autonomia da AdC. Nunca esquecer que a actividade da AdC está vinculada ao estrito cumprimento da legalidade, e que as suas decisões estão sujeitas a controlo jurisdicional; o simples facto de um particular se ter, objectivamente, auto-inculpado ao anuir com os seus deveres de colaboração em fase de supervisão não nos permite assumir, sem mais, que tal se ficou a dever a um uso abusivo dos poderes de investigação: diríamos, até, que tal revelaria má fé contra o regulador. Parece, inclusivamente, partir-se da ideia de que, como o resultado prático foi a auto-inculpação, o particular *provavelmente* deveria ter sido constituído visado, pelo que os elementos probatórios recolhidos não podem ser aproveitados em processo contra-ordenacional.

Quanto à sugestão de submeter o aproveitamento probatório dos elementos obtidos por via coerciva a um regime semelhante ao que vigora na Lei de protecção de testemunhas em processo penal, isto é, de forçar a autoridade reguladora a

complementar o que descobriu em fase de supervisão com elementos adicionais, de modo a que os elementos fornecidos no âmbito do cumprimento de um dever de colaboração não sejam decisivos ou predominantes no caso de decisão condenatória, resta-nos perguntar se haverá algo mais determinante para uma condenação do que a aquisição da notícia de um ilícito, no sentido de que esta constitui condição lógica, necessariamente prévia, de um qualquer processo contra-ordenacional. Mesmo pondo de parte formalismos lógicos, o que fazer nas situações em que os factos cruciais à demonstração da prática de um ilícito são “acidentalmente” detectados no âmbito de diligências de supervisão? Deverá a AdC realizar diligências adicionais – supérfluas – apenas para diversificar os elementos que constituem a instrução do processo? Sendo estas supérfluas, tal significa que nada será utilizável, já que, por mais que se investigue, nunca se conseguirá contornar o contributo decisivo dos elementos recolhidos em fase de supervisão para a condenação? Mais uma vez, parece-nos que esta linha de argumentação, na sua ânsia de proteger o núcleo essencial de uma garantia, contribui apenas para a impunidade do infractor e, como veremos, para a derrota do desígnio essencial de defesa da concorrência.

O efeito prático desta posição, no que acaba por corresponder à visão dos Autores, é a exclusão de elementos probatórios de carácter inculpador que tenham sido recolhidos em momento anterior ao início formal de um processo de contra-ordenação. Como temos vindo a apontar, tal inutiliza a função de supervisão, dado que, como refere Helena Bolina *“a eficácia da supervisão depende essencialmente da possibilidade de reagir com a aplicação de sanções ao incumprimento das regras que regem a actividade, não garantindo qualquer conteúdo ao valor constitucionalmente consagrado de tutela do sistema (...)”* (RCR, nº 11/12, p. 408). Note-se, como bem indica Costa Pinto, que as competências de supervisão e sancionatórias têm que ser exercidas em articulação; o contrário produziria um vazio contrário à vontade do legislador, uma “zona franca” de responsabilidade: *“Como não há processo sancionatório sem prova, as competências contra-ordenacionais das autoridades de supervisão ficariam inutilizadas através de uma espécie de imunidade antecipada conseguida na fase de supervisão. Ou seja, o cumprimento da lei (na fase de supervisão) acabaria por impedir o cumprimento da lei (na fase sancionatória). Nenhum sistema jurídico racional subsistiria com uma antinomia desta natureza”* (Costa Pinto, op. cit. p. 106 e 107)

(ii) *Tese de restrição legítima do nemo tenetur*

Posição defendida por Figueiredo Dias e Costa Andrade, que começam por sustentar a consagração constitucional do princípio *nemo tenetur*, tendo este fundamento imediato nas garantias processuais que a CRP prevê no seu art. 32º, conjugado com a exigência constitucional de um processo sancionatório equitativo, constante do art. 20º/4. Ou seja: “*o fundamento próximo e imediato daquele princípio constitucional tem uma natureza processual ou adjetiva, assumindo somente de forma mediata e mais afastada uma natureza constitucional de ordem material ou substantiva*” (Figueiredo Dias e Costa Andrade, op. cit. p. 42). Estando alicerçado em garantias processuais constitucionalmente consagradas, o princípio é aplicável a qualquer processo no qual se possam aplicar sanções de carácter punitivo, isto é, o seu âmbito de aplicação não se encontra restringido ao processo penal, algo que se pode extrair do próprio texto constitucional – art. 32º/10, acrescentado pela revisão de 1989 – e da CEDH.

Embora reconheçam a vigência alargada do princípio, sublinham os Autores que este não tem um carácter absoluto, podendo, reunidas as condições necessárias, ser legalmente restringido. Invocam vários exemplos de restrição ao *nemo tenetur* já previstos na ordem jurídica portuguesa, como a exclusão do direito ao silêncio nas situações em que o arguido é inquirido quanto à sua identidade, com a obrigação de responder com verdade – 61º/3/b) CPP; a obrigatoriedade de realizar determinados exames, em que se destaca o de alcoolemia; ou a sujeição a exames no âmbito de perícias médico-legais, quando ordenados pela autoridade judiciária competente, de acordo com a Lei 45/2004, de 29 de Agosto *et cetera*.

Considerado o fundamento constitucional deste princípio, qualquer restrição que lhe seja feita deve obedecer a dois pressupostos: (i) a existência de *lei prévia e expressa*, o que corresponde a uma exigência de *legalidade*; (ii) deverão estar verificados os princípios de *proporcionalidade e necessidade*, ou seja, deverá cumprir-se o *critério de ponderação* previsto no art. 18º/2 CRP. Uma vez verificados estes pressupostos, a restrição à garantia processual em causa é jurídico-constitucionalmente admissível, um raciocínio que inclui matéria criminal

As restrições ocorridas neste contexto integram-se no quadro de actuação do Estado enquanto titular de um papel regulador da actividade económica. Ultrapassada, por ineficiência ou simples incapacidade, a ideia de Estado intervencionista, ao poder público compete assegurar o cumprimento da legalidade, em virtude da imensa importância social de determinados sectores económicos, nos quais se torna visível, como apontam os Autores, uma natural tendência para a criação de riscos a bens fundamentais com natureza social ou colectiva, ficando esta vigilância a cargo de autoridades administrativas, como é, no nosso caso, a AdC.

Posto isto, só estas restrições permitem ao Direito Penal e Processual Penal cumprir as exigências impostas pela evolução social e económica, e só deste modo se preserva o núcleo essencial, tanto das garantias processuais, como das funções estaduais de controlo e vigilância que a CRP consagra (op. cit. p. 46 ss).

Em análise ao caso concreto da actuação da CMVM ao abrigo dos seus poderes de supervisão, concluem os Autores que, nos termos dos artigos 358º/e), 360º/1/e) e 408/1 CVM, o *processamento das contra-ordenações é parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM* (op. cit. p. 24 ss), tratando-se, portanto, de uma restrição legalmente prevista. Aliás, concluir pelo contrário despiria a supervisão de toda a sua eficácia, pelo que o aproveitamento dos elementos probatórios recolhidos em fase de supervisão obedece, igualmente, a ponderações de proporcionalidade, necessidade e adequação, sendo, por isso, constitucionalmente admissível.

Ainda assim, é feita a ressalva (op. cit. p. 49) de que este tipo de restrições, materializadas numa obrigação legal de prestar informações no âmbito de diligências de supervisão, não pode prejudicar o direito ao silêncio que assiste ao arguido perante um eventual processo sancionatório, seja ele criminal ou contra-ordenacional, tendo sido confrontado com o cometimento de uma infracção (pois é neste momento que é constituído arguido, ou visado, e que adquire as garantias de defesa estabelecidas no art. 61º CPP, *ex vi* 50º RGIMOS): aqui, o *nemo tenetur* valeria em toda a sua plenitude, maxime no âmbito de interrogatórios realizados pelas autoridades competentes.

Sousa Mendes aproxima-se desta posição (*RCR* nº1, p. 121 ss). Entende o Autor que esta restrição ao *nemo tenetur* é justificável em virtude do carácter não absolutamente livre das actividades económicas em causa, estando sujeitas às restrições e condicionamentos – legalmente previstos – que derivam da necessidade de proteger o interesse público em geral, e o interesse de terceiros em particular (op. cit. p. 138). Nestes termos, é compreensível que se exija dos operadores económicos um comportamento de “*máxima lealdade*” na sua relação com o Estado, enquanto regulador e garante da legalidade. Poder-se-á dizer que o “preço” do acesso ao mercado, pago pelos particulares que pretendam actuar num sector económico objecto de regulação, é o de abdicar, pelo menos em parte, das tradicionais garantias processuais.

Uma vez que a posição agora descrita coloca a *crux* do seu raciocínio jurídico no exercício de ponderação de valores imposto pelo art. 18º/2 CRP, julgamos pertinente relembrar a contestação de Costa Ramos (*RCR*, nº1, p. 192) relativamente à ideia de que a restrição feita ao *nemo tenetur* sobrevive ao crivo da referida disposição constitucional. Entende a Autora que, pelo diferente grau de importância e dignidade constitucional entre uma garantia processual e uma incumbência do poder público, a restrição de que é objecto o *nemo tenetur* afigura-se desproporcional em sentido estrito, sendo grave e afectadora do núcleo essencial do princípio; e, embora lhe reconheça adequação – a restrição será, sem dúvida, apta a atingir o fim de defesa da concorrência – duvida que esteja preenchido o requisito de necessidade, dada a existência de meios coercivos a que a AdC poderia recorrer em alternativa, sem lesar uma garantia fundamental. Este argumento em particular está abordado *supra*.

### (iii) Tese da concepção minimalista do direito ao silêncio

Posição defendida por Costa Pinto, tem como ponto de partida a separação entre declarações orais e a entrega de documentos, de modo a delimitar o âmbito do direito ao silêncio enquanto núcleo essencial do *nemo tenetur*, distinguindo consoante estejamos em fase de supervisão ou sancionatória. Considerada esta distinção, entende o Autor que o direito ao silêncio em processo contra-ordenacional já em curso – fundado constitucionalmente na previsão dos direitos de defesa constante do art. 32º/1 – “*abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar*

*declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito de recusar a entrega de elementos que estejam no seu poder”* (op. cit. p. 95). De igual modo, nega a existência de um direito ao silêncio fora do processo, isto é, o direito em causa não será invocável em momento anterior à imputação formal de uma infracção ao particular, algo que resulta, desde logo, dos art. 48º, 50º e 54º RGMOS.

O direito ao silêncio não poderá constituir um obstáculo à actividade de supervisão, pelo facto de corresponder a uma garantia processual e, por isso mesmo, não ser invocável quando não existe ainda processo algum. Diversamente, quando está já em curso um processo de contra-ordenação, entende o Autor, cessa parcialmente o dever de colaboração do visado face aos factos que o possam responsabilizar, beneficiando do direito ao silêncio – entendido, apenas, como direito a não prestar declarações – por aplicação subsidiária das regras do processo penal: art. 61º/1/c) CPP, *ex vi* art. 41º/1 RGIMOS. Isto sem prejuízo de o visado colaborar voluntariamente, com o eventual valor atenuante da sua responsabilidade.

Tendo já sido constituído arguido, as diligências de obtenção de prova empreendidas pela autoridade administrativa colocam o visado numa situação de sujeição, de acordo com o art. 61º/3/d) CPP, sendo esta solução corroborada expressamente pelo art. 60º CPP, segundo o qual o reconhecimento de direitos e deveres ao arguido não prejudica a efectivação de diligências probatórias: *“A própria ressalva contida neste preceito e o âmbito do dever descrito no artigo 61º/3/d) CPP demonstram que no direito ao silêncio não pode estar outra coisa que não seja a possibilidade de numa inquirição não responder às perguntas que lhe são formuladas. Só assim os três preceitos do CPP têm conteúdo útil sem entrarem em contradição”* (op. cit. p. 97).

De forma a justificar a exclusão do *nemo tenetur* em fase de supervisão, o Autor afasta a hipótese de se aplicar, subsidiariamente, normas do processo penal, como as relativas ao inquérito criminal, aos actos de fiscalização realizados pela autoridade administrativa. Com Figueiredo Dias, sublinha a autonomia da supervisão e do processo de contra-ordenação face ao processo penal. Alerta para o facto de a aplicação subsidiária de qualquer disposição processual penal estar limitada pela salvaguarda do próprio regime do processo de contra-ordenação, como previsto no

art. 41º/1 RGIMOS (“*sempre que o contrario não resulte deste diploma*”). Por isto, não pode a fase organicamente administrativa do processo contra-ordenacional ser “*diluída e apagada por aplicação das fases de tramitação do processo criminal*” (op. cit. p. 88). Como decorrência necessária deste ponto, tal aplicação subsidiária – concretamente, o regime legal referente a fases e actos processuais – , nunca poderia incluir o exercício de poderes de supervisão, por anteriores à própria existência de um processo; se assim fosse, correríamos o risco de ficarmos limitados a uma aplicação exclusiva do regime de processo penal, o que corresponderia a uma negação da vontade do legislador (op. cit. p. 88). Remata ao referir que “*a aplicação do regime do inquérito criminal à fase de supervisão e à fase organicamente administrativa do processo de contra-ordenação é, em minha opinião, ilegítima, contraria a autonomia destes ramos do Direito e não respeita o limite de aplicação do processo penal como Direito subsidiário*” (op. cit. p. 88 ss).

O essencial desta posição resume-se, portanto, a isto: estando perante actos de supervisão, não é possível beneficiar do estatuto de arguido ou invocar o direito ao silêncio porque não existe qualquer processo sancionatório; diversamente, caso já exista um processo de contra-ordenação em curso, o arguido tem o dever legal de se sujeitar às diligências de obtenção de prova, tal como se prevê nos art. 60º e 61º/3/d) CPP, estando o direito ao silêncio, neste caso, limitado à possibilidade de recusar a prestação de declarações relativamente aos factos que constituem o objecto do processo (op. cit. p. 102). Esta possibilidade de recurso ao silêncio corresponde, nestes termos, a uma dimensão táctica do direito de defesa previsto 31º/1 CRP (op. cit. p. 99).

A conclusão de Costa Pinto vai no sentido de admitir a utilização dos elementos probatórios obrigatoriamente cedidos no âmbito da actividade de supervisão. Reconhece que o direito ao silêncio tem fundamento constitucional, mas não considera que a existência de um dever de colaboração imposto às entidades supervisionadas de entrega de documentos se enquadre como uma restrição a este direito, uma vez que este não abrange a entrega de documentos.

De resto, numa posição próxima de Figueiredo Dias e Costa Andrade, Costa Pinto faz notar que à supervisão está associada uma componente sancionatória que lhe



é incindível, já que o próprio conceito de supervisão se sustenta no controlo da legalidade da actuação das entidades supervisionadas, controlo esse que perde toda a eficácia se não estiver dotado de tutela sancionatória. Esta tutela sancionatória, por sua vez, incide sobre ilícitos, identificados em fase supervisora, cuja tipificação e promoção processual estão sujeitos ao princípio da legalidade. A integração de uma dimensão sancionatória na actividade de supervisão reveste, inclusivamente, forma de lei, através do art. 358º CVM, assim como a comunicabilidade de provas se encontra prevista nos art. 361º/2/a) e 364º/1/a) e c) CVM (op. cit. p. 81). Dando o exemplo da CMVM, refere que esta tanto acompanha e fiscaliza a actividade dos agentes de mercado dos valores mobiliários, (art. 360º/1/a) e b) CVM), como instrui processos e pune infracções da sua competência (art. 360º/1/e) CVM), pelo que a efectiva exclusão de uma destas competências levaria à criação da já mencionada “*zona franca de responsabilidade*”, dado o inescapável facto de que qualquer elemento probatório de carácter inculpador, fornecido em fase de supervisão, não seria aproveitável, produzindo-se a inutilização das competências sancionatórias (op. cit. p. 105 ss).

## **O CONTRIBUTO DO ART. 31º/5 RJC**

O novo RJC, introduzido pela Lei nº 19/2012 de 8 de Maio, veio clarificar alguns pontos desta controvérsia, em concreto, através da disposição constante do seu art. 31º/5, segundo a qual a informação e a documentação obtida por via de diligências de supervisão, ou em processos sancionatórios da AdC, podem ser utilizados como meio de prova num processo em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efectuadas pela AdC. Esta introdução representa um passo importante, considerado o silêncio da anterior Lei nº 18/2003.

Sousa Mendes realiza uma análise sistémica deste artigo (RCR nº 11/12, p. 311 ss), do qual se retiram esclarecimentos como: a separação formal entre supervisão e processos sancionatórios, embora estabeleça ligações entre estas funções num

quadro de lealdade na relação entre a AdC e os particulares; a consagração expressa do eventual aproveitamento de elementos obtidos no âmbito da supervisão, não só como notícia da infracção, mas como meio de prova em processo sancionatório em curso ou a instaurar; o favorecimento da obtenção de elementos por parte da AdC através da consagração de deveres de colaboração, estabelecidos sob cominação de coimas para a desobediência; exclusão de imunidades às empresas ao abrigo do cumprimento do dever de colaboração; com o correlativo dever de lealdade imposto à AdC na sua relação com os particulares, uma vez que o aproveitamento probatório dos elementos recolhidos através da colaboração do particular depende de prévio esclarecimento da possibilidade dessa utilização; pelo que todos os pedidos de informação endereçados pela AdC têm de indicar a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações – se é visado em processo sancionatório ou se, diversamente, é apenas notificado como testemunha – e o objectivo do pedido; nos interrogatórios a empresas e demais pessoas envolvidas, assim como em qualquer outra inquirição, terá também de indicar a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é notificado para prestar declarações e o objectivo da audição; no âmbito das acções inspectivas e auditorias a realizar pela AdC, prevê-se que seja dada a informação necessária sobre o carácter da diligência – não se confundindo isto com uma busca realizada no contexto de um processo sancionatório – mediante notificação prévia da sua realização; independentemente do dever de colaboração que lhes é imposto – e este é um ponto crucial – todas as pessoas notificadas gozam da prerrogativa de não auto-inculpação, na medida em não forçadas a confessar a prática de quaisquer ilícitos, isto é, jamais serão coagidas a prestar declarações que, por si só e independentemente de outros meios de prova, sejam equivalentes a uma admissão da prática de uma infracção, tendo apenas de fornecer as informações estritamente factuais e os documentos pré-existentis, na senda da designada jurisprudência *Orkem*; é reiterada a garantia de revisão de revisão das decisões da AdC através de recurso judicial de jurisdição plena.

Feito o levantamento, Sousa Mendes (op. cit. p. 312) aponta que um dos aspectos tecnicamente mais relevantes do novo RJC – a separação entre funções de supervisão e sancionatórias – não pretende tanto garantir os direitos dos supervisionados, sendo estes assegurados por via da lealdade dos procedimentos, mas

antes a eficácia dos próprios procedimentos de supervisão, sem prejudicar a eficácia dos procedimentos sancionatórios.

Como indicam Lobo Moutinho e Henrique Salinas (*Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, p. 465 ss), a disposição em causa constitui uma manifestação expressa da vontade do legislador em esclarecer a medida em que o *nemo tenetur* pode sofrer restrições, dada a consagração legal de um dever de colaboração. Faculdades como as previstas no art. 15º, ou nos art. 63º e 64º RJC, traduzem a satisfação de uma condição indispensável – bem veiculada por Figueiredo Dias e Costa Andrade (*Supervisão...*, 2009) e defendida pela maioria da doutrina – a uma restrição do *nemo tenetur*: *a previsão expressa em lei prévia*. Além desta previsão, o RJC condiciona a compressão do *nemo tenetur* ao *cumprimento de um dever particular de esclarecimento*, imposto à AdC, relativamente à susceptibilidade de aproveitamento probatório, de forma a que o particular perspetive as eventuais consequências da sua colaboração, e, de acordo com a sua própria avaliação dos factos, exerça os seus direitos, designadamente, requerer a sua constituição como arguido. Tenha-se em mente, por exemplo, que o exercício dos poderes previstos no art. 64º RJC está dependente do consentimento do visado, nos termos do art. 63º/3 RJC.

. Entendem os Autores que na origem da extensão do dever de esclarecimento terão estado os perigos associados às dificuldades de distinção, regularmente encontradas, entre as esferas de supervisão e sancionatória. Assim, o incumprimento deste dever de esclarecimento, sendo esta condição essencial – legalmente prevista – de restrição ao *nemo tenetur*, acarreta a inutilização da prova obtida por via da colaboração do visado, tratando-se de uma verdadeira proibição de prova, sujeita ao regime correspondente, previsto no art. 126º CPP. Aqui, o art. 31º/5 RJC poderá ser entendido como uma concretização do art. 126º/1/a) CPP (op. cit. p. 466).

## **Da existência de meios enganosos na obtenção de prova**

É pacífico que a utilização de meios enganosos na obtenção de prova, no âmbito de processos contra-ordenacionais, é proibida nos mesmos termos em que tal se prevê para o processo penal. Trata-se de uma proibição fundada na aplicação subsidiária do art. 126º CPP, por remissão expressamente prevista no art. 41º/1 RGIMOS, e no art. 32º/8 CRP, enquanto preceito constitucional em que esta norma de teor processual se baseia, valorativa e substancialmente. Ou seja, tal como no processo penal, serão nulas – e, por isso, não podem ser utilizadas – as provas obtidas mediante ofensa da integridade moral da pessoa, ofensa que inclui a prática, por parte da entidade responsável pelo inquérito, de actos susceptíveis de perturbar a liberdade de vontade através do recurso a meios enganosos.

. Dito isto, importa avaliar em que termos esta premissa é aplicável, se aplicável de todo, ao conjunto da actuação de uma autoridade reguladora como a AdC, com particular incidência sobre as situações em que a autoridade em causa obtém elementos de prova incriminatórios ao abrigo das suas regulares funções de supervisão, isto é, em momento anterior à própria existência de um processo contra-ordenacional. Estará o agente económico, que colabora com a autoridade reguladora nos termos de um dever que lhe é legalmente imposto, a ser vítima de um meio enganoso, se admitirmos a utilização desses mesmos elementos em sede sancionatória?

. A resposta a esta pergunta implica, como referem Figueiredo Dias e Costa Andrade (*Supervisão...*, p. 28 ss), que primeiro se estabeleça um critério delimitativo do conceito de meio enganoso, à luz do estabelecido no art. 126º/2/a) CPP. Começando pela vigência no processo penal português de um princípio de legalidade da prova, pelo que serão admissíveis as provas que não forem proibidas por lei – art. 125º. Como aponta Figueiredo Dias (*Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 196), legalidade dos meios de prova, assim como as regras gerais de produção de prova e as designadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por essa razão, critérios da própria verdade material: as proibições de prova – distintas das regras de produção de prova cuja violação não

determina a proibição da sua valoração – representam verdadeiros limites à descoberta da verdade, enquanto finalidade processual, o que implica, desde logo, a proibição de o tribunal as valorar em processo.

A fim de proceder à densificação de um critério operativo para determinação daquilo que constitui um meio enganoso, Autores como Alves Meireis (*O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 168) e Aires de Sousa (“*Agent provocateur* e meios enganosos de prova”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1219) propõem o recurso a apoios normativos, como as categorias dogmáticas de âmbito teleológico já definido, em concreto, os elementos “erro” e “engano” do tipo legal do crime de burla. Esta última Autora indica que “*haverá erro quando a representação da realidade não coincide com a realidade objectiva*” (...) “*Utilizando o critério proposto – a relevância do engano no crime de burla – será necessário que o agente investigador, através dos factos ou actos concludentes, crie no arguido uma convicção errónea (1), determinante para a prática do acto de prova, que o prejudica a si, ou a terceiro, tratando-se de uma testemunha (2)*”. Dentro desta lógica, terá que haver, em primeiro lugar, um *erro* dolosamente causado pela entidade de investigação, ou seja, a criação perante o agente de uma falsa representação da realidade objectiva; em segundo, que o erro em causa tenha sido determinante para o iter de produção de prova efectuada pelo próprio agente. Concluem Figueiredo Dias e Costa Andrade que “*é a falsa representação da realidade pelo arguido, induzida pelos órgãos de investigação, que o determina a prestar a prova que o incrimina*” (op. cit. p. 32).

Considere-se, então, se o critério operativo proposto pelos Autores, uma vez aplicado ao normal exercício das funções de supervisão acometidas a uma autoridade reguladora, nos permite concluir pela existência de meios enganosos. Para que tal fosse defensável, referem os Autores (op. cit. p. 33) que seria necessário, antes de mais, que a entidade em causa construísse, perante o visado, uma convicção errónea de que lhe poderia exigir informações e que o visado estaria obrigado a colaborar. Como é claro, autoridades reguladoras como a AdC actuam ao abrigo de um quadro legal – também conhecido pelo visado – que prevê, de forma expressa, a obrigatoriedade de colaborar, seja através da prestação de declarações, seja através da

entrega de documentos. No caso específico da AdC, esta obrigação está prevista no art. 15º/1 RJC, com o correspondente incumprimento a ser sancionado nos termos do art. 68º/1/h) RJC. Mais ainda, o art. 31º/5 RJC vem impor um dever de lealdade em relação às empresas, uma vez que o aproveitamento probatório da informação e da documentação obtida em actos de supervisão *depende* de prévio esclarecimento quanto à possibilidade desses elementos integrarem uma futura acusação em sede sancionatória. Assim, o meio de obtenção de prova não é enganoso, porque não existe qualquer erro na mente do visado quanto às solicitações da autoridade reguladora, dada a previsão deste poder em sede legal. Defender que, mesmo assim, haverá recurso a um meio enganoso levar-nos-ia, como apontam os Autores (op.cit. p. 34), a concluir que o próprio legislador teria legitimado o recurso a meios enganosos.

Tendo em consideração que nos movemos em sectores económicos nos quais impera a actuação de pessoas colectivas, adequa-se considerar o argumento de Costa Pinto (*Supervisão...*, p. 112), segundo o qual “*a conotação ético-social das cláusulas descritas no art. 126º/2 CPP supõe um relacionamento humano no plano físico, psíquico ou comunicacional*”, (...) “*Este aspecto, em si mesmo, torna questionável a aplicabilidade deste tipo de cláusulas ao relacionamento entre duas pessoas colectivas, a autoridade de supervisão e um intermediário financeiro, pois as soluções legais remetem para um tipo de relacionamento que pressupõe o exercício de vontade e um nível de perturbação psico-cognitivo que dificilmente tem adesão à realidade no âmbito das contra-ordenações e ao relacionamento institucional, mediado pela lei, entre dois entes colectivos*”.

É possível, pelo exposto, discutir a legitimidade do recurso a este meio de obtenção de prova em fase de supervisão – por natureza, meramente fortuito – caso já exista, na mente do supervisor, uma suspeita formada quanto ao visado. O que já não é manifestamente defensável, em especial após a entrada em vigor do novo RJC – ênfase no seu art. 31º/5 – é que se trate, em termos técnicos, de um meio enganoso.

## Conclusões

Tendo em consideração tudo o foi exposto supra, as ideias centrais do presente trabalho resumem-se às seguintes conclusões:

I. O *nemo tenetur*, enquanto garantia fundada em princípios constitucionais e transversal a todo o Direito público sancionatório, é, ainda assim, uma garantia de carácter processual: nessa medida, a sua invocação pressupõe a existência de um processo sancionatório em curso, sendo indissociável do estatuto de arguido – ou visado, na terminologia do RJC. Nestes termos, o âmbito temporal do *nemo tenetur* delimita-se, a montante, à constituição formal de visado – o momento em que lhe é imputada uma contra-ordenação, ou seja, quando a infracção em causa já esteja material e juridicamente identificada – razão pela qual não será invocável em fase de supervisão.

II. A relativa indefinição do conceito de “visado” deverá ser colmatada, com as devidas adaptações, isto é, respeitando a autonomia do processo contra-ordenacional e a específica regulação sectorial, através da aplicação do regime de processo penal relativo ao estatuto do arguido (art. 58º CPP ss).

III. Tendo, por um lado, uma garantia fundamental, decorrente do princípio constitucional de presunção de inocência, e, por outro, o direito de livre iniciativa económica – direito análogo à categoria de direitos, liberdades e garantias – cuja tutela efectiva está dependente da realização, por parte do Estado, de uma tarefa, também ela, constitucionalmente consagrada – a defesa da concorrência – impõe-se uma ponderação de valores numa lógica de concordância prática, tal como consagrado no art. 18º/2 CRP, isto, procurar um balanço que assegure a amplitude máxima de um valor sem aniquilar o núcleo essencial do outro. Entendemos que o privilégio de não auto-inculpação encontra o seu núcleo essencial no direito ao silêncio, considerado no sentido de que o visado jamais poderá ser coagido a prestar declarações que se traduzam numa confissão da prática do ilícito, ou que, isoladamente consideradas, tenham um significado materialmente equivalente a uma confissão.

IV. Estabelecido o direito ao silêncio enquanto *núcleo essencial* do nemo tenetur, consideramos que a ponderação de valores operada, que resulta na referida restrição, obedece ao crivo estabelecido no art. 18º/2 CRP, tratando-se, portanto de uma restrição legítima: baseia-se em lei prévia e expressa, tal como se impõe de modo a proteger interesses constitucionalmente protegidos; é proporcional *strictu sensu*, na medida em que salvaguarda uma dimensão mínima, essencial, de realização dos direitos objecto de restrição; é adequada, porque apta a garantir a finalidade pretendida de defesa da concorrência; e necessária, pois a alternativa – o recurso a poderes como os previstos no art. 18º/1/c) RJC – implicaria a paralisação total do funcionamento da entidade sujeita a tais diligências, com o acentuado risco reputacional que lhe está associado. Mais, o recurso a estes poderes coercivos tornar-se-ia o meio normal de obtenção de prova, o que, por sua vez, acarretaria um investimento desproporcionado em recursos humanos e uma perda de celeridade na condução da investigação que se revelaria socialmente inaceitável.

V. A defesa da concorrência configura-se como um desígnio fundamental, constitucionalmente consagrado, cuja prossecução é assegurada pelos poderes de supervisão, regulação e sancionatórios da AdC. O exercício eficaz destes poderes comporta o correlacionado dever de colaboração imposto aos agentes económicos que beneficiam do acesso ao mercado. Perante tipos de ilícito contra-ordenacional como o de práticas concertadas, abuso de posição dominante ou abuso de dependência económica, num meio de considerável opacidade e dificuldade na obtenção de elementos que comprovem o efectivo cumprimento da legalidade, este dever surge como instrumento imprescindível a uma efectiva fiscalização e sancionamento de eventuais comportamentos infraccionais, o que valida, na nossa opinião, a cominação de coima em causas de incumprimento. De facto, defendemos – com o propósito de frisar a sua importância e necessidade – que o tipo contra-ordenacional que sanciona o incumprimento do dever é de natureza materialmente penal, na medida em que está normativamente vocacionado para a defesa de um bem jurídico com ressonância ético-social: *a realização de justiça*.

VI. Como, de resto, já consta do RJC, a fase de supervisão e a fase sancionatória – consumada num processo contra-ordenacional em curso – encontram-se formalmente separadas, estando funcionalmente orientadas para fins distintos: a



primeira, enquanto conjunto de actos administrativos de conteúdo verificativo; a segunda, como via sancionatória de práticas anti-concorrenciais. Consagra, igualmente, vasos comunicantes entre estas duas fases. Sendo a primeira uma ocorrência certa, e a segunda meramente eventual, o processo contra-ordenacional fundar-se-á nos elementos recolhidos em sede de supervisão, na medida em que estes, mesmo que meros indícios, constituem a própria notícia da infracção. Neste sentido, a supervisão desempenha um papel instrumental face ao possível exercício de poderes sancionatórios.

VII. Em relação directa com o ponto anterior, o processo contra-ordenacional é autónomo em relação ao processo penal – a consagração da aplicação subsidiária do CPP, constante do art. 41º/1 RGIMOS, jamais poderá admitir a diluição da fase organicamente administrativa do processo. Esta autonomia, conjugada com as disposições relevantes em sede de RJC, permite-nos afastar qualquer hipótese de lacuna no que à imposição legal de deveres de colaboração diz respeito: verifica-se uma vontade inequívoca do legislador no sentido de afastar a aplicação subsidiária do regime de inquérito em processo penal à fase de supervisão.

VIII. Sustentamos que o elemento determinante na verificação de uma ofensa do *nemo tenetur* consiste na existência de coacção, exercida pela autoridade reguladora sobre o particular com o propósito de o converter em instrutor da sua própria condenação, como seria a ameaça de aplicação de coima pelo incumprimento do dever de colaboração. Em luz do disposto no art. 31º/5 RJC – no qual se prevê uma verdadeira condição de admissibilidade da prova – o supervisionado, ou o visado, beneficia de um esclarecimento prévio quanto à possibilidade de um futuro aproveitamento probatório dos elementos fornecidos. De igual forma, o cumprimento escrupuloso do disposto no art. 15º RJC, nomeadamente no que diz respeito à indicação da base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objectivo do pedido, contribui para a formação de uma vontade livre, pelo que nunca se poderá equacionar a hipótese de coacção.

IX. De igual forma, excluímos a possibilidade de aqui se perscrutar o recurso a meios enganosos de obtenção de prova. Adoptado um conceito operativo de meio de prova enganoso assente em dois elementos estruturantes: o dolo do investigador, apto

a produzir no suspeito uma representação errónea da realidade; e que esta representação errónea tenha sido determinante no processo decisório do suspeito; concluímos que, ao abrigo do esclarecimento prévio ditado pelo art. 31º/5 RJC quanto à possibilidade de futuro aproveitamento dos elementos fornecidos, e dos requisitos formais que configuram os pedidos de colaboração, como resulta do art. 15º/1 RJC – estando em causa uma verdadeira condição de admissibilidade da prova – afasta-se a hipótese de estarmos perante um meio de prova enganoso.

X. Caso o destinatário da supervisão se considere ameaçado por diligências que o possam levar a confessar a prática de uma infracção, nada o impede de requerer a sua constituição como visado, nos termos de uma aplicação analógica do CPP, dando, assim, início a um processo contra-ordenacional. Neste contexto, ainda que permaneça submetido a um dever de colaboração – art. 18º/1 RJC –, beneficiará do *nemo tenetur* na dimensão do seu núcleo essencial: o direito ao silêncio.

XI. Como condição necessária de eficácia da actuação da autoridade reguladora, o direito ao silêncio, enquanto núcleo essencial do *nemo tenetur*, ou seja, o resultado juridicamente admissível de um exercício de ponderação entre valores constitucionais conflituantes, abrange apenas a prestação de declarações de teor expressamente auto-inculpatório, ou declarações fácticas, isoladas, de significado materialmente equivalente a uma confissão dos factos. Daqui se exclui o fornecimento de documentos, seja qual for sua natureza física, desde que pertinentes no âmbito de uma acção de supervisão ou de um inquérito já em fase sancionatória.

XII. Por fim, há que ter em consideração a natureza contra-ordenacional dos ilícitos em causa. Mesmo que se atribua uma valor materialmente penal aos tipos de ilícito com que nos deparamos, o seu tratamento em sede de processo contra-ordenacional pressupõe a vigência de um regime menos garantístico e mais célere, compatível com os ritmos da vida económica e com as particulares exigências de controlo e investigação hoje universalmente atribuídos ao Estado Regulador.

XIII. Nesta medida, considere-se que estamos perante um meio económico regulado, não absolutamente livre, em que uma variedade de operadores de mercado têm, ainda assim, a liberdade de actuar em condições que, idealmente, lhes asseguram

alguma forma de fluidez e atonicidade. Já a sua liberdade de acesso ao mercado – entendido enquanto privilégio, dada a sua estrutural importância para a preservação da designada Democracia Económica – deverá ser encarada como a contrapartida de uma “preço”: a sujeição a deveres de colaboração, no quadro de um regime processual menos garantístico que aquele que vigora em processo penal.

## **Bibliografia**

### **Aires de Sousa, Susana**

. “Agent provocateur e meios enganosos de prova”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

### **Alfagar, Diana**

. “O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 11/12, ano III, Julho/Dezembro, 2012, p. 319 a 382.

### **Alexandrino, José de Melo**

. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2.<sup>a</sup> ed, Estoril, Principia, 2015

### **Almeida Costa, António de**

. “Sobre o crime de corrupção”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984.

### **Alves Meireis**

. *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1999.

### **Anastácio, Catarina**

. “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 1, ano I, Janeiro/Março, Lisboa, 2010, p. 199 a 235.

### **Antunes, Maria João**

. *Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido*, Sub Judice, nº 4, 1992.

### **Araújo, Fernando**

. *Introdução à Economia*, 3.<sup>a</sup> ed., 2017.

**Bolina, Magalhães Helena**

. “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 11/12, ano III, Julho/Dezembro, 2012, p. 383 a 428.

**Brandão, Nuno**

. “Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, nº 1 – Jan/Mar, 2014, p. 24 a 56.

. *Justificação e Desculpa por obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

**Cabral de Moncada, Luís**

. *Direito económico*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

**Canotilho, J. J. Gomes**

. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003.

. “Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2<sup>a</sup> ed.

**Canotilho, J. J. Gomes & Moreira, Vital**

. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

**Costa Andrade, Manuel da**

. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

**Costa, Joana**

. “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público*, nº 128 : Outubro : Dezembro 2011.

**Costa Ramos, Vânia**

. “Nemo tenetur se ipsum accusare e Concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 1, ano I, Janeiro/Março, Lisboa, 2010, p. 175 a 198.

. “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare”, in *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 108, 2006, p. 142 ss.

. “A Autoridade da Concorrência – Uma análise estatutária”, in *Seminário de Direito Comunitário Económico*, Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Ano 2004/2005.

**Costa Pinto, Frederico Lacerda da**

. “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa e processo de contra-ordenação (parecer)”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

**Couto Ferreira, Catarina**

. “Confluência na CMVM de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios: factor de tensão entre o dever de colaboração e o direito ao silêncio”, in *Investigação Criminal*, Lisboa, nº 5, Maio, 2013.

**Figueiredo Dias, Jorge de**

. “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in Centro de Estudos Judiciários (org), *Jornadas de Direito e Processo Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 1 a 34.

. *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

. “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Coimbra, Coimbra Editora, v. 1, cap. 2, p. 19 a 33.

**Figueiredo Dias, Jorge de & Costa Andrade, Manuel da**

. “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

**Leitão Marques, Maria Manuel**

. *Um curso de Direito concorrência*, Coimbra Editora, 2002, p. 45

**Líbano Monteiro, Cristina**

. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

**Lobo, Carlos Baptista**

. *Concorrência Bancária?*, Coimbra, 2011.

**Lobo Moutinho, José**

. *Direito das contra-ordenações – Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica, 2008, p. 41

**Lobo Moutinho, José & Salinas, Henrique**

. *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2017.

**Maia Gonçalves, Manuel**

. *Código de Processo Penal – anotado e comentado*, 2.<sup>a</sup> ed. Almedina, 1978.

**Mateus, Abel**

. “Sobre os fundamentos do Direito e Economia da concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, III, Dezembro.

**Martinho, Helena Gaspar**

. “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – uma análise da jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 1, ano I, Janeiro/Março, Lisboa, 2010, p. 145 a 174.

**Medina de Seça**

. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Nótula antes do art. 359º.

**Melo Freire, Pascoal de**

. “Instituições de Direito Criminal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 156, 1966, p. 45 a 168.

**Mendes Pereira, Miguel**

. *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009

**Miranda, Jorge**

. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2012.

**Miranda, Jorge & Medeiros, Rui**

. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2005.

**Morais, Teresa**

. “O novo Instituto da Clemência – a dispensa e atenuação especial de coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, 40, 2007.

**Moreira, Vital**

. *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997.

**Moreira, Vital & Maçãs, Fernanda**

. *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

**Moura e Silva, Miguel**

. *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008.

**Sérvulo Correia, José Manuel; Medeiros, Rui; Fidalgo de Fretas, Tiago; Tavares Lanceiro, Rui**

. *Direito da Concorrência e Ordens Profissionais*, Coimbra Ed., 2010



**Silva Dias, Augusto**

“O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 1, ano I, Janeiro/Março, Lisboa, 2010, p. 237 a 265.

**Silva Dias, Augusto & Costa Ramos, Vânia**

. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

**Silveira, Angélica Rodrigues**

. “Nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração: análise do caso Weh c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Humanos”, *Revista de Concorrência e Regulação* nº 23/24, ano VI, Julho/Dezembro, 2015, p. 263 a 320.

**Soares da Veiga**

. “Legitimidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

**Sousa Franco, António de**

. *Noções de Direito da Economia*, vol. I, 2000, p. 228

**Sousa, João de**

. *Noções de Processo Penal*, 1915

**Sousa Mendes, Paulo**

. “As garantias de defesa no processo sancionatório por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 1, ano I, Janeiro/Março, Almedina, 2010, p. 121 a 144.

. *Direito sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

. “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

. “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Luís Silva Morais, Eduardo Paz Ferreira e Gonçalo Anastácio), Coimbra, Almedina, 2009.

. “O problema da utilização de elementos recolhidos em acções de supervisão como meios de prova em processo sancionatório”, in *Revista de Concorrência e Regulação* nº 11/12, ano III, Julho/Dezembro, 2012, p. 307 a 318.

#### **Veloso, José António**

. “Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 29 a 106.

#### **Vieira de Andrade, José Carlos**

. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2009.

#### **Warren, Earl**

. “O Homem prevenido: os direitos de Miranda”, in *Sub Judice* 12, Almedina, 1998

#### **Wills, Wouter P. J.**

. “Self-incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, in *World Competition*, vol. 26, nº 4, Wolters Kluwer, 2003

. “The increased level of Eu antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights”, in *World Competition*, vol. 33, nº 1, Wolters Kluwer, 2010.

## **Jurisprudência**

### *TEDH*

- . Funke v. França, de 25 de Fevereiro de 1993
- . John Murray v. Reino Unido, de 8 de Fevereiro de 1996
- . Saunders v. Reino Unido, de 17 de Dezembro de 1996
- . Serves v. França, 20 de Outubro de 1997
- . Heany and McGuinness v. Irlanda, de 21 de Dezembro de 2000
- . Weh v. Áustria, de 8 de Abril de 2004

### *TJUE*

- . Orkem, SA v. Comissão, de 18 de Outubro de 1989
- . Mannesmannrohren-Werke AG v. Comissão, de 20 de Fevereiro de 2001
- . Lymburgse Vinyl v. Comissão, de 15 de Outubro de 2002

## *TCL*

. Processo nº 261/06.1TYLSB, de 28 e Julho de 2006 (confirmado pelo acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Março de 2007, processo nº 172/07.9)

. Processo nº 205/06.0TYLSB, de 8 de Maio de 2007

. Processo nº 1050/06.9TYLSB, de 10 de Agosto de 2007 (confirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 25 de Novembro de 2008, processo nº 6057/08-5),

. Processo nº 350/08.8TYLSB, de 8 de Abril de 2008.

## *TC*

. Acórdão nº 461/2011, de 11 de Outubro de 2011

. Acórdão nº 340/2013

. Acórdão nº 360/2016